Die rechtliche Natur des dem Verkäufer und dem Einkaufskommissionär nach § 44 K.O. gewährten Verfolgungsrechts.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

UNIVERSITÄT ZU BRESLAU

ACAD. LANDWIRTH. BIBL.

Vorgelegt von

Bruno Kluge
Referendar
zurzeit am Kgl. Amtsgericht in Haynau (Schles.)

Berlin
Verlag von R. Trenkel
1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Korreferent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Fischer.

Druck von C. Schulze & Co., G. m. b. H., Gräfenhainichen.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548211_0175

Literaturverzeichnis.

Busch und Vierhaus, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß Bd. 7, S. 363 ff.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens III. 3. Aufl. Halle 1904.

Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Rechts. II. 5. Aufl. Halle 1897.

Eisenlohr, Über die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts und dessen Verhältnis zum Rechte des ADHGBs. Hamburg 1867. (Die Universität, welcher die Dissertation eingereicht ist, ist nicht genannt.)

Endemann, Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts II. Leipzig 1882.

Engelmann, Das Bürgerliche Recht Deutschlands 4. Aufl. Berlin 1906.

Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1905. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches 12. Bd. 3. Heft. Jena 1905.

Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Aufl. Berlin 1904.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht I. 6. Aufl. Berlin 1892.

Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit. Berlin 1889.

Fuchs, Der deutsche Konkursprozeß. Leipzig 1877.

O. Gierke, Grundzüge des Handelsrechts in Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. I. 24/25. Lieferung S. 891 ff. Leipzig-Berlin 1904.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I, 2. Abt. Erlangen 1868.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I, 2. Aufl. Stuttgart 1875.

Goldschmidt, Der Erwerb dinglicher Rechte an Mobilien. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 8. S. 225 ff.

Haase-Lorenz, Besitz- und Eigentumserwerb im Falle der Versendung (Dissertation Rostock). Berlin 1905.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 4 Konkursordnung. Berlin 1898.
Motive S. 4 ff. Protokolle der Kommission S. 518 ff.

Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere

(Konnossement, Ladeschein, Lagerschein). Sonderabdruck aus Festgabe für Felix Dahn zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum. III. Teil (Recht der Gegenwart). Breslau 1905.

Heymann, Überblick über das englische Privatrecht in Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Bd. I. 20./21. Lieferung S. 795 ff. Leipzig-Berlin 1903.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. 2. Aufl. Berlin 1904.

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts. Stuttgart 1891.

Kohler, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts. 2. Aufl. Stuttgart 1903.

Kowalzig, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. Berlin 1879.

K. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Oetker, Das Verfolgungsrecht (right of stoppage in transitu) nach § 36 der Reichskonkursordnung. Kassel 1883.

Oetker, Über den Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 14, S. 1 ff. Berlin 1890.

Oetker, Konkursrechtliche Probleme und neuere Konkursliteratur. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 25, S. 1 ff. Berlin 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch II. Lieferung I. Berlin 1904.

Oertmann, Der Dinglichkeitsbegriff. Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 31, S. 415 ff.

v. Sarwey-Boßert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1901.

Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. Jena 1904. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. 12. Bd. 3. Heft. Jena 1904.

L. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. Leipzig 1899.

Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Berlin 1907.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch II. 8. Aufl. Berlin 1907.

Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.

Voigt und Heinecken, Neues Archiv für Handelsrecht, Bd. 3, S. 249—343; Bd. 4, S. 279—444.

Wengler, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. Leipzig 1879.

v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung. Berlin 1878.

v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. Berlin 1906.

Wolff, Th., Konkursordnung mit Einführungsgesetz, Nebengesetzen und Ergänzungen in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898. Berlin 1900.

Zimmermann, Wann geht das Eigentumsrecht einer von einem anderen Orte übersandten Ware auf den Käufer über? Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 19. (N. F. Bd. 4) S. 397 ff.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 9

1. Abschnitt.

Geschichtliches.

§ 2. Entstehung und Entwicklung des Verfolgungsrechts im allgemeinen 12

§ 3. Die mildere Form des Verfolgungsrechts, right of stoppage in transitu, im besonderen 14

2. Abschnitt.

Die Voraussetzungen des Verfolgungsrechts.

I. Die Voraussetzungen für die Entstehung des Rechts.

§ 4. 1. Ein Kauf oder eine Einkaufskommission 15

§ 5. 2. Eine Ware — Gegenstand des Verfolgungsrechts 17

§ 6. 3. Ein Distanzgeschäft 20

§ 7. 4. Die Ware muß zur Zeit der Konkurseröffnung noch unterwegs sein 24

§ 7a. Der Ausdruck „Gewahrsam“ 28

§ 8. 5. Die Ware darf noch nicht vollständig bezahlt sein 32

§ 9. 6. Erwerb des Eigentums durch den Käufer 35

II. Die besondere Voraussetzung für die Geltendmachung des Rechts.

§ 10. Das Erfüllungsrecht des Konkursverwalters nach § 17 KO . . . 39

3. Abschnitt.

Zweck, Ziel und Entstehung des Verfolgungsrechts.

§ 11. Der Zweck des Verfolgungsrechts 42

§ 12. Das Ziel des in § 44 KO gegebenen Rechts 47

§ 13. Wann und wodurch entsteht das in § 44 KO gegebene Recht? . 48

4. Abschnitt.

Die rechtliche Natur des in § 44 KO gegebenen Rechts.

I. Das Verfolgungsrecht — ein dingliches Recht?

§ 14. Das Verfolgungsrecht ist kein dingliches Recht 50

Seite

II. Das Verfolgungsrecht — ein obligatorisches Recht.

A. Juristische Konstruktion.

§ 15. a) Das Verfolgungsrecht ist keine obligatio ex contractu . . . 65
§ 16. b) Das Verfolgungsrecht ist eine obligatio ex lege KO. § 44 . . 68
§ 16a. Geltendmachung des Verfolgungsrechts 70

B. Wirkung des Rechts.

§ 17. Das Verfolgungsrecht wirkt nicht ex tunc 71
§ 18. Das Verfolgungsrecht wirkt ex nunc 74
§ 19. Schluß 77

§ 1.

Einleitung.

Das Verfügungsrecht über ein auf dem Transporte befindliches Gut steht grundsätzlich dem Absender zu. Dieser kann während des Transports „den Frachtführer anweisen, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder einem anderen als dem Empfänger auszuhändigen“ [1]). Unter dem Begriff „Verfolgungsrecht“ (right of stoppage in transitu, droit de suite) werden diese Befugnisse des Absenders zusammengefaßt. Doch tritt dieses „echte“ Verfolgungsrecht an Bedeutung zurück gegenüber dem „unechten“.

Denn eine außerordentliche Erweiterung hat dieses eigentliche oder echte Verfolgungsrecht erfahren für den Fall, daß der Empfänger der Ware in Konkurs gerät. In diesem Falle ist dem Absender unter bestimmten Voraussetzungen das Recht gegeben, bereits in die Verfügungsgewalt des Empfängers gelangte, also der „Verfolgung des Absenders grundsätzlich entzogene Waren“ wieder an sich zu ziehen. Da dieses Recht von dem Rechte, „der abgesandten Ware während des Transports zu folgen“, wesentlich verschieden ist, verdient es eigentlich gar nicht den Namen Verfolgungsrecht. Gleichwohl aber ist es in der Literatur der Hauptträger dieses Namens geworden. Auch die vorliegende Abhandlung hat es nur mit dem „unechten“ Verfolgungsrecht, dem Verfolgungsrecht innerhalb des Konkurses, zu tun.

---

[1]) O. Gierke, Grundzüge des Handelsrechts bei Holtzendorff-Kohler, Bd. I, S. 1000.

Vorweg sei jedoch bemerkt, daß auch Begriff und Bedeutung dieses Rechts nach Ort und Zeit keineswegs feststehend und einheitlich gewesen ist. Es zeigen sich in der historischen Entwicklung die mannigfachsten Übergänge vom „echten" zum „unechten" Verfolgungsrecht. Durch § 44 KO. vom 10. Februar 1877 ist das Verfolgungsrecht für Deutschland einheitlich geregelt.

Dieser § 44 lautet:

> Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind.
>
> Die Bestimmungen des § 17 finden Anwendung.

Die Frage nach der rechtlichen Natur des in diesem Paragraphen geregelten Verfolgungsrechts soll im folgenden einer eingehenden Erörterung unterzogen werden; die Arbeit wird sich daher im wesentlichen mit dem Verfolgungsrecht des § 44 KO. beschäftigen, nicht aber eine umfassende Darstellung des Verfolgungsrechts in seiner verschiedenartigen Bedeutung geben.

Die Frage nach der rechtlichen Natur führt naturgemäß auf die Grundbegriffe der Rechtswissenschaft: dingliches und persönliches Recht. Ein tieferes Eingehen auf die Streitfragen, die über diese grundlegenden Begriffe herrschen, dürfte wohl kaum in den Rahmen dieser Arbeit gehören und würde auch vom Thema zu weit abführen. Nach einem Referat über Ötker: „Das Verfolgungsrecht" in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß[1]) „ist es die Aufgabe einer Monographie über eine Einzelfrage, deren Zusammenhang mit anderen Rechtsinstituten aufzuweisen, nicht aber die

[1]) Busch und Vierhaus, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 7, S. 363.

Grundprinzipien der Rechtswissenschaft in Frage zu stellen". Es soll mithin in vorliegender Arbeit nur versucht werden, das Verfolgungsrecht des § 44 KO. einheitlich darzustellen und danach seine rechtliche Natur zu begründen.

Die Anordnung des Stoffes geschieht nach folgenden Gesichtspunkten:

1. Abschnitt. Geschichtliches.
2. Abschnitt. Die Voraussetzungen.
3. Abschnitt. Zweck, Ziel und Entstehung.
4. Abschnitt. Die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts.

1. Abschnitt.

Geschichtliches.

§ 2.

Entstehung und Entwicklung des Verfolgungsrechts im allgemeinen.

Das Verfolgungsrecht, droit de suite, — es handelt sich hier, wie bereits oben erwähnt ist, nur um das „unechte" Verfolgungsrecht beim Konkurse des Käufers — umfaßt im weiteren Sinne sowohl das Recht des Verkäufers, bei Konkurseröffnung zwar abgesandte, aber noch unterwegs befindliche Waren wieder an sich zu ziehen, als auch das weitergehende Recht, in jenem Zeitpunkt bereits an den Käufer abgelieferte Waren unter bestimmten Voraussetzungen wieder zurückfordern zu dürfen. Die Entwicklung dieses Rechts steht im Zusammenhang mit der Entwicklung des modernen Handelsverkehrs. Es ist zu Beginn der Neuzeit in der italienischen Praxis entstanden und hat bald in den Statutarrechten zahlreicher italienischer, niederländischer, französischer und deutscher Handelsplätze Aufnahme gefunden[1]). Die ältesten deutschen Quellen des Rechts sind das Hamburger Statut vom Jahre 1603 (Teil II, Tit. 5, Art. 3), die Hamburger Neue Fallitenordnung von 1753 (Art. 24, 25, 27) und die Wechsel- und Merkantilordnung von Frankfurt am Main 1739 (Art. 51). Die Gestaltung des Rechts ist örtlich sehr verschieden. Bald lassen sich jedoch zwei Hauptformen unterscheiden.

[1]) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I, 2, S. 855 ff.

1. Die ältere strengere Form des Rechts verstattet dem Verkäufer, Waren, die bereits vor Konkurseröffnung an den Käufer abgeliefert worden sind, zurückzufordern, droit de suite im engeren Sinne[1]). Der Zeitraum, innerhalb dessen vor Eröffnung des Verfahrens die Ware in den Besitz des Käufers gelangt sein muß, um dem Verkäufer das Rückforderungsrecht zu wahren, ist verschieden. Er schwankt zwischen drei Tagen, z. B. in Hamburg (Hamburger Statut von 1603)[2]), und zwei Monaten, z. B. in Sachsen (Kursächsisches Banqueroutier-Mandat vom 7. Januar 1724, § 16, und das Geschärfte Banqueroutiermandat vom 20. Dezember 1766, § 20)[3]). Diese Form des Rechts erstreckt sich allgemein sowohl auf Distanz- wie auf Platzgeschäfte, sie kann gegeben sein bei jedem Kauf, Bar- und Kreditkauf, oder auch nur beim Barkauf. Wie für jedes Verfolgungsrecht, so ist auch für diese ältere Form selbstverständliche Voraussetzung, daß die Ware noch nicht vollständig bezahlt ist. Das nächste Ziel des Rechts ist Wiedererlangung der Ware. Da es aber gerade bei der strengeren Form des Verfolgungsrechts sehr leicht möglich ist, daß die Ware weiterveräußert worden ist, so hat neben dem Rückforderungsrecht der Verkäufer das Recht, Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung zu verlangen oder die noch in der Masse befindliche Gegenleistung daraus vorweg zu beanspruchen, soweit sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist. In der strengeren Form des Rechts ist naturgemäß auch die mildere Form enthalten.

2. Diese spätere mildere Form beruht darauf, daß die Ware bei Ausbruch des Konkurses dem Käufer noch nicht ausgeliefert worden ist, sondern sich noch auf dem Transport befindet; sie kann also nur bei Distanzgeschäften vorkommen. Dadurch, daß der Käufer vor Konkurseröffnung mittels Transportpapiers das Eigentum oder den juristischen Besitz an der Ware erhalten hat, wird das Recht nicht

[1]) Goldschmidt, a. a. O. S. 858.

[2]) Goldschmidt, a. a. O. S. 864, Note 32 das.

[3]) Goldschmidt, a. a. O. S. 864, Note 39 das. und S. 857, Note 5.

ausgeschlossen. Auch findet es sowohl beim Kreditkauf wie beim Barkauf statt. Seiner Natur nach gewährt es dem Verkäufer zunächst die Möglichkeit, die Auslieferung der Ware zu verhindern; in dieser Hinsicht läßt es sich also als (sogenanntes) Hemmungsrecht[1]) bezeichnen. Da aber diese Möglichkeit in der Mehrzahl der Fälle wohl kaum verwirklicht werden wird, liegt seine eigentliche Bedeutung in den dem Verkäufer darüber hinaus gewährten Rechten. Nach der Auslieferung stehen ihm im wesentlichen die gleichen Rechte zu wie dem Verkäufer bei der strengeren Form. Er darf eine Auslieferung, die widerrechtlich zu seinem Nachteil geschehen ist, rückgängig machen, bei Weiterveräußerung der Ware kann er den noch ausstehenden Kaufpreis zu seiner Befriedigung beanspruchen, gegen dritte rechtliche Pfandgläubiger hat er ein Lösungsrecht[2]).

§ 3.

Die mildere Form des Verfolgungsrechts, right of stoppage in transitu, im besonderen.

Die ersten Ansätze zur selbständigen Ausbildung der milderen Form des Verfolgungsrechts finden sich schon in den Statuten von Genua vom Jahre 1589[3]). Von deutschen Handelsplätzen weist bereits frühzeitig Hamburg neben der strengeren Form auch Spuren der milderen Form auf[4]). In der Hamburgischen Neuen Fallitenordnung von 1753 sind besondere Bestimmungen über die mildere Form zum Ausdruck gebracht[5]). Seine im vorigen Paragraphen angegebene Gestaltung, die dem modernen Verfolgungsrecht fast ausschließlich zugrunde liegt, hat es jedoch in der englischen Praxis erhalten. Diese mildere Form führt daher im besonderen den Namen right of stoppage

[1]) Goldschmids, a. a. O. S. 859.
[2]) Goldschmidt, a. a. O. S. 868 ff.
[3]) Goldschmidt, a. a. O. S. 859 N. 9 in Verbindung mit N. 2 S. 856.
[4]) Goldschmidt, a. a. O. S. 859 N. 8 in Verbindung mit N. 5 S. 857.
[5]) Goldschmidt, a. a. O. S. 866 N. 52 (NFO. Art. 25 Z. 1, vgl. Z. 4).

in transitu. Ebensowenig wie in der Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung und im Allgemeinen Landrecht sind im Code civil schon die Grundsätze des right of stoppage in transitu zum Durchbruch gelangt. Die AGO. Teil I Tit. 50 §§ 305—309b vertritt noch ganz die strenge Form. Erst der Code de commerce ist im Artikel 576 (Redaktion nach dem Gesetz vom 28. Mai 1838, entsprechend den Artikeln 577—580 der alten Fassung) den englischen Grundsätzen im wesentlichen gefolgt. Die Wirkung des französischen droit de suite ist gegenüber dem englischen right of stoppage aber insofern weiter, als es eine Auflösung des Kaufvertrages herbeiführt, während das englische Recht den Kaufvertrag unberührt läßt. Nachdem die mildere Form des Verfolgungsrechts einmal in Frankreich Anerkennung gefunden hatte, hat sie dadurch schnell die ältere Form zu verdrängen vermocht. In Preußen ist sie angenommen worden durch die Konkursordnung vom 8. Mai 1855. Die §§ 26 und 27 daselbst enthalten die für das Verfolgungsrecht im wesentlichen heut in ganz Deutschland maßgebenden Bestimmungen. Die einheitliche Regelung des Verfolgungsrechts für ganz Deutschland im Sinne des englischen right of stoppage in transitu ist erfolgt durch die RKO. vom 10. Februar 1877, § 36. Dem § 36 entspricht seit der Redaktion vom 20. Mai 1898 der oben angeführte § 44 KO.

2. Abschnitt.

Die Voraussetzungen des Verfolgungsrechts.

I. Die Voraussetzungen für die Entstehung des Rechts.

§ 4.

1. Ein Kauf oder eine Einkaufskommission.

Über die Voraussetzungen des Verfolgungsrechts, soweit sie im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben sind, herrscht im allgemeinen kein Zweifel. Doch bestehen, entsprechend der Auffassung von der rechtlichen Natur des Verfolgungs-

rechts, im einzelnen auch hierbei Abweichungen. Da das in § 44 KO. gegebene Recht dem Verkäufer und dem Einkaufskommissionär zusteht, so ergibt sich als erste Voraussetzung der Abschluß eines Kaufvertrages oder eines Einkaufskommissionsgeschäftes. Abgesehen von den in § 44 KO. besonders hervorgehobenen Erfordernissen ist dieser Vertrag für das Verfolgungsrecht nur insoweit von Bedeutung, als er die dabei berechtigte und verpflichtete Person bestimmt. Der Verkäufer oder der Einkaufskommissionär ist der Verfolgungsberechtigte, der Käufer oder Kommittent ist der spätere Gemeinschuldner, gegen den sich das Verfolgungsrecht richtet.

Daß der Einkaufskommissionär dem Verkäufer gleichgestellt ist, erscheint ohne weiteres einleuchtend für den Fall, daß der Kommissionär von dem Rechte des Selbsteintritts nach § 400 HGB. Gebrauch macht. Die Kommission erfüllt er alsdann dadurch, daß er nicht nur im eigenen Namen, sondern auch im eigenen Interesse Verkäufer wird. Es kommen ihm daher auch alle Rechte des Verkäufers zu.

Aber auch dem Einkaufskommissionär, der nicht Selbstkontrahent ist, ist das Recht des § 44 KO. gewährt. Das erklärt sich dadurch, daß des Schutzes, den der § 44 KO. gibt, jeder Einkaufskommissionär in gleicher Weise wie der Verkäufer bedarf. Nach § 383 HGB. ist Kommissionär, „wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen“. Da der Kommissionär in eigenem Namen handelt, ist er nur mittelbarer Stellvertreter. Eine Rechtsbeziehung nach BGB. § 164 zwischen seinem anderen Kontrahenten und dem Kommittenten tritt daher nicht ein. Daß beispielsweise der Kommittent Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen kann, ist durch § 392 Abs. 1 HGB. hervorgehoben. Diese Bestimmung ist aber nur mit Rücksicht auf § 392 Abs. 2 gegeben. An sich folgt sie bereits aus § 383 HGB., wie auch daraus folgt, daß dem dritten Kon-

trahenten des Kommissionärs kein Recht gegen den Kommittenten, also auch nicht das Verfolgungsrecht, zusteht. Der Einkaufskommissionär trägt auch in dem Falle, daß er nicht als Selbstkontrahent auftritt, dasselbe Risiko wie ein Verkäufer. Aus Billigkeitsrücksichten ist daher das Recht des § 44 KO. auf den Einkaufskommissionär schlechthin ausgedehnt.

§ 5.

2. Eine Ware — Gegenstand des Verfolgungsrechts.

„Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waren . . . zurückfordern." Gegenstand des Verfolgungsrechts muß also eine „Ware" sein. „Ware" ist nach Goldschmidt[1]) „ein jedes Gut, dessen sich der Handel bemächtigt", oder nach Endemann[2]) „jedes zum Vertauschen bestimmte und dazu fähige Gut". Da der Handel den Güterumlauf — hier im engeren Sinne als Gütertransport d. i. mechanische Fortbewegung von Sachen verstanden — vermittelt, so kann er sich auch nur der Gegenstände bemächtigen, die des Güterumlaufs fähig sind. Diese Fähigkeit, Gegenstand des Güterumlaufs zu sein, muß daher auch die Ware haben. Wegen ihrer Natur können darum zunächst Grundstücke, da sie nicht transportabel sind, keine Waren sein. Auch fallen aus demselben Grunde Forderungen nicht unter den Begriff Ware. Der Gütertransport kann sich nur auf körperliche Gegenstände, auf Sachen, und zwar nur auf bewegliche Sachen erstrecken. Dem Güterumlauf im weiteren Sinne und der diesen vermittelnden Erwerbstätigkeit, dem Handel, unterliegen dagegen auch nichtkörperliche Gegenstände; so ist der Giroverkehr ein durch den Handel vermittelter Güterumlauf, der Forderungen zum Gegenstande hat. Es sei hier auch an den am 1. Januar 1909 ins Leben getretenen Postüberweisungs- und Scheckverkehr

[1]) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. I. 2. Aufl. 1874 S. 415.

[2]) Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 2, § 163, S. 5.

erinnert, vorausgesetzt, daß die Post als Handelsinstitut gelten kann (Postscheckordnung vom 6. November 1908 § 2 C., § 5 und § 7). Doch werden die nichtkörperlichen Gegenstände dadurch keine Waren. Nur bewegliche Sachen sind Waren und werden als solche bezeichnet. (Zu vgl. HGB. § 1 Z. 1.)

Auch Wertpapiere können Gegenstände des Handels, und zwar des Güterumlaufs im engeren Sinne, sein. Ist bei einem Wertpapier auch die in der Urkunde verbriefte Forderung das Wesentliche und Wertvolle, so ist die Forderung doch derart mit dem Papiere verknüpft, daß sie ohne dieses keinen Bestand hat und somit der Forderungswert in dem Papiere verkörpert erscheint. „Das Wertpapier ist „Träger" des beurkundeten Rechts, d. h. es ist eine Urkunde über ein Recht, dessen Verwertung durch die Urkunde privatrechtlich bedingt ist, so daß sowohl die Ausübung als auch die Übertragung des verbrieften Rechts vom Besitze des Papiers abhängt." [1])

Infolge dieser Eigenschaft kann das Wertpapier nicht nur als Papier sondern gerade als Wertobjekt zu den beweglichen Sachen gerechnet werden, und seine Fähigkeit, Ware zu sein, könnte nach den oben angestellten Erörterungen daher als selbstverständlich gefolgert werden. Das neue HGB. zieht diesen Schluß jedoch nicht, sondern hebt neben den beweglichen Sachen (Waren) die Wertpapiere ausdrücklich hervor (§ 1 Z. 1 HGB.), unterwirft Waren und Wertpapiere allerdings im wesentlichen denselben Vorschriften (HGB. § 381 Abs. 1). Dieser Sprachgebrauch wie auch der Sprachgebrauch des Handels „Waren und Effekten" beruht wohl auf dem Gedanken, als Waren nur diejenigen beweglichen Sachen zu bezeichnen, die einen Gebrauchs- oder Verbrauchswert haben, nicht aber diejenigen, die nur einen Vermögenswert darstellen.

Ein Gegenstand, der die Fähigkeit besitzt, in den Güterumlauf gezogen zu werden, ist aus diesem Grunde

[1]) Engelmann, Das Bürgerliche Recht Deutschlands, S. 80.

noch nicht Ware. „Keine Sache ist an sich Ware.“ [1]) Sie ist es nur, wenn sie in den Güterumlauf gezogen, und solange sie darin zu bleiben bestimmt ist. Nach Goldschmidt [2]) ist ein jedes Gut „Ware nur in diesem Übergangsstadium der Vermittlung, noch nicht beim Produzenten und nicht mehr beim Konsumenten“. Dies aber begrifflich vorausgesetzt, wird man mit L. Seuffert [3]) sagen können: „Waren sind bewegliche Sachen mit Einschluß der Wertpapiere.“

Aus der Tatsache, daß nach dem Sprachgebrauch des neuen HGB. „Waren und Wertpapiere“ gewöhnlich getrennt genannt werden, wird man wohl kaum jenen Sprachgebrauch als allgemein maßgebend anerkennen und daraus den Schluß ziehen dürfen, unter den Begriff „Waren“ nach § 44 KO. seien die Wertpapiere nicht zu rechnen, da sie nicht ausdrücklich genannt seien. Einmal war nach dem alten HGB., unter dessen Herrschaft die KO. entstanden ist, die ausdrückliche Hervorhebung der Wertpapiere nicht gebräuchlich [4]), und außerdem können nach der Auslegung des Begriffs „Waren“ auch ohne Zwang Wertpapiere dazu gerechnet werden.

Der Ausdruck „Ware“ hat schließlich mehrfach dazu geführt, als Voraussetzung des Verfolgungsrechts ein Handelsgeschäft nach HGB. § 343 zu fordern. Dies geschieht z. B. von Wengler [5]). Auch die Motive [6]) scheinen von dieser Auffassung auszugehen; denn nach ihnen soll das Verfolgungsrecht „auf jegliche Ware, auf jegliche einem Handelskauf und der Versendung unterworfene Sache Anwendung finden“. Der Begriff „Ware“ findet allerdings seine größte Verwendung im Handelsverkehr unter Kaufleuten. Nach HGB. § 1 ist Kaufmann, wer ein

[1]) Thöl § 12, Zitiert bei Goldschmidt, Handbuch Bd. I, 1, 2. Aufl. 1874 S. 415, Anm. 24.

[2]) Goldschmidt, a. a. O. S. 415.

[3]) L. Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 95.

[4]) L. Seuffert, a. a. O. Anm. 13.

[5]) Wengler, Konkursordnung S. 265.

[6]) Hahn, a. a. O. S. 166.

Handelsgewerbe betreibt. Der Kaufmann hat also einen gewerbsmäßigen Handelsbetrieb. Doch ist auch nichtgewerbsmäßiger Handel, Vermittlung des Güterumlaufs, möglich. Geschäfte der im HGB. § 1 Abs. 2 Ziffer 1 genannten Art können auch von einem Nichtkaufmann gelegentlich ausgeführt werden[1]). Die Begriffe „Vermittlung des Güterumlaufs", „Ware" brauchen also durchaus nicht stets kaufmännische Geschäfte vorauszusetzen. Wenn mithin nicht nur bei einem unter Kaufleuten geschlossenen Handelskauf von „Waren" gesprochen werden darf, so kann der Ausdruck „Waren" in § 44 KO. wohl mit jedem gewöhnlichen Kaufvertrage des bürgerlichen Lebens in Einklang gebracht werden. Für das Verfolgungsrecht dürfte die Definition von „Ware" also lauten: „Ware ist jede einem Kauf und der Versendung unterworfene Sache." Das dem Verfolgungsrecht vorangegangene Kaufgeschäft braucht also kein Handelskauf (HGB. § 373 ff.), keiner der Kontrahenten braucht Kaufmann zu sein.

§. 6.

3. Ein Distanzgeschäft.

Durch den § 44 KO. wird ferner das Vorliegen eines Distanzgeschäfts erfordert. Die Ware muß „von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet" sein. Für diesen Fall soll das Verfolgungsrecht aber Anwendung finden „ohne Unterschied, ob der Wohn- oder Geschäftsort des Verkäufers oder der Ort, an dem die Ware sich befand, oder der Ort, wohin der Transport geschieht, für die Verbindlichkeit des Käufers als Ort der Erfüllung dient, ohne Unterschied, ob der Verkäufer zufolge eigener Verpflichtung oder zufolge ausdrücklichen, stillschweigenden oder gesetzlichen Auftrags des Käufers die Sache dem Spediteur, Frachtführer, Schiffer oder der den Transport sonst besorgenden Person übergeben hat, ohne Unterschied, ob der Transport auf Gefahr oder Kosten des Verkäufers

[1]) Das neue HGB. kennt keine absoluten Handelsgeschäfte mehr.

oder des Käufers erfolgt".[1]) Es ist also gleichbedeutend, ob vorliegt ein Fernkauf oder qualifizierter Versendungskauf, bei welchem es sich um Versendung an den Erfüllungsort handelt, oder ob vorliegt ein gewöhnlicher Versendungskauf[2]), bei dem die Versendung an einen anderen als den Erfüllungsort (BGB. § 269 Abs. 1 und 2) geschieht. Auf Platzgeschäfte aber, d. h. auf Geschäfte, bei denen die Ware übergeben wird an dem Orte, wo sie gelagert hat oder wo sie sich im Besitze des Verkäufers befindet, hat das Verfolgungsrecht keine Anwendung.

Aus welchem Grunde der Verkäufer dem Transporteur die Waren übergeben hat, ob einem freien Entschlusse folgend oder einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrage des Käufers gehorchend, kommt nicht in Betracht. „Die Versendung bildet den Akt der Übergabe"[3]) und fällt daher nach BGB. § 433 grundsätzlich dem Verkäufer zur Last. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn der Transporteur im Auftrage des Käufers handelt. Anders ist es freilich, wenn die Übergabe vor der Versendung erfolgt ist. Dies ist der Fall, wenn die Transportperson zur Empfangnahme der Ware ermächtigt ist. Die Übergabe der Ware an die Transportperson ist alsdann Ersatz der Ablieferung der Ware an den Empfänger. Dieser Fall kann nicht mehr als Versendungskauf bezeichnet werden, sondern steht einem Platzgeschäft gleich, so daß für diesen Fall dem Verkäufer das Recht des § 44 KO. nicht gegeben ist.

Der Bergriff „Distanzgeschäft" wird ferner nicht durch die Frage berührt, wer die Kosten und die Gefahr des Transports trägt. Beim Versendungskaufe, d. h. der Versendung der Ware an einen anderen als den Erfüllungsort, trägt die Gefahr und die Kosten des Transports nach BGB. §§ 447 und 448 regelmäßig der Käufer. Gefahr und

[1]) Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 4 Konkursordnung, S. 166.

[2]) Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2 Lieferung I Note 8 a α zu § 433.

[3]) Engelmann, a. a. O. S. 317.

Kosten der Versendung an den Erfüllungsort hat dagegen grundsätzlich der Verkäufer zu tragen. Wie aber das Wesen des Distanzgeschäfts davon unabhängig ist, ob der Bestimmungsort der Ware gleichzeitig der Erfüllungsort ist oder nicht, so bleibt es auch dadurch ungeändert, ob der Verkäufer oder der Käufer Gefahr und Kosten der Versendung trägt. Zu dem Begriff „Versendungskauf" gehört einmal nur, daß Absendungsort und Bestimmungsort der Ware geographisch verschiedene Orte sind, andrerseits gehört aber dazu, daß die Versendung den Akt der Übergabe bildet. Da sich aus § 44 KO. wohl nur eine Anwendbarkeit des Verfolgungsrechts auf Versendungskäufe ergibt, kann eine Anwendung für den Fall nicht als richtig anerkannt werden, wenn die Übergabe der Ware vor der Versendung durch constitutum possessorium nach BGB. § 930 ersetzt worden ist. Dieser Ersatz der Übergabe schließt wohl auch die Ablieferung[1]) in sich. Eine Versendung an den Ablieferungsort kann mithin nicht mehr stattfinden. Es gilt hier dasselbe wie oben bei der Ermächtigung der Transportperson zur Empfangnahme der Ware. Der Kauf ist kein Distanzgeschäft, sondern ein Platzgeschäft. Für dieses aber ist § 44 KO. nicht gegeben.

Kohler[2]) sucht aber auch für solche Fälle eine Geltung des Verfolgungsrechts zu begründen. Befindet sich nämlich die Ware noch im Gewahrsam des Verkäufers, so soll ihm auch in diesem Falle auf Grund des Verfolgungsrechts „die Möglichkeit geboten sein, sein Eigentum an der Ware zurückzuerlangen . . ., da das Verfolgungsrecht ein Plus enthält, welches das Minus (nämlich das Zurückbehaltungsrecht) in sich schließt". Daß das Verfolgungsrecht dem Zurückbehaltungsrecht gegenüber ein weitergehendes Recht ist, und daß man darum auch von einem Plus gegenüber dem Zurückbehaltungsrechte sprechen kann, ist in gewisser Weise zuzugeben. Es darf aber wohl kaum der Meinung Ausdruck gegeben werden, das Verfolgungsrecht sei eine

[1]) Engelmann, a. a. O. S. 317 u. 318.

[2]) Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 174.

Erweiterung des Zurückbehaltungsrechts, wie das wohl von dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem des BGB. gesagt werden kann"; denn Zurückbehaltungsrecht und Verfolgungsrecht stehen nach Voraussetzungen und Wirkungen wohl kaum auf derselben Stufe, sind kaum gleichartig. Es ist nicht so, daß die Voraussetzungen des Verfolgungsrechts bestehen in den Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts minus einer oder plus einer weiteren Voraussetzung. Das Zurückbehaltungsrecht setzt regelmäßig Besitz des Berechtigten voraus; für die Bestimmung von der Person des Berechtigten und für die Geltendmachung des Rechts' nach Zeit und Umständen beruht es auf verhältnismäßig allgemeinen Voraussetzungen. Demgegenüber geht das Verfolgungsrecht davon aus, daß der Berechtigte den Besitz des Gegenstandes verloren hat, und enthält ganz spezielle Vorschriften über Person und Gegenstand des Rechts, Zeit und Umstände seiner Geltendmachung. Fehlt eine dieser speziellen Voraussetzungen, so kann auch das Verfolgungsrecht nicht gegeben werden, selbst wenn Zeit und Umstände eintreten, die für das Verfolgungsrecht wesentlich sind; denn diese Umstände allein wirken nicht, sondern erst wieder in Verbindung mit den anderen gesetzlichen Voraussetzungen. Die Verwandtschaft der beiden Rechte ihrem Zwecke nach genügt nicht, sie in ihren Voraussetzungen zu assimilieren; denn in ihren Zwecken sind wohl alle Rechte mehr oder weniger verwandt. In seinen Voraussetzungen aber steht das Verfolgungsrecht vom Zurückbehaltungsrecht, wie von allen anderen Rechten, gesondert da. Da aber nur gleichartige Größen addiert oder subtrahiert werden können, so kann Kohlers Exempel nicht als richtig angesehen werden. Auch bloße Billigkeitsrücksichten rechtfertigen es nicht, einige Voraussetzungen des in § 44 KO. gegebenen Rechts zu übersehen, weil wegen § 15 KO. die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts weiterhin unmöglich wäre, ein Schutz des Verkäufers aber auch in diesem Falle angebracht erscheinen möchte.

Den Versendungskauf selbst anlangend, ist noch als

weitere besondere Voraussetzung hervorzuheben: Adressat der Ware muß stets der Gemeinschuldner oder eine andere Person in seiner Vertretung sein. — Hat der Absender die Ware nicht an den Gemeinschuldner sondern an eine andere Person, der der Gemeinschuldner die Ware bereits weiter verkauft hatte, gesandt, so steht dem Verkäufer das Verfolgungsrecht gegen diese nicht zu [1]).

Absender der Ware braucht dagegen nicht der Verkäufer zu sein. Auch wenn die Sendung an den Gemeinschuldner im Auftrage des Verkäufers durch eine andere Person erfolgt (BGB. § 278), ist das Recht gegeben, selbst wenn Verkäufer und Käufer an demselben Orte wohnen. In diesen und ähnlichen Fällen liegen die speziellen Voraussetzungen des § 44 KO. über den Versendungskauf vor.

§ 7.

4. Die Ware muß zur Zeit der Konkurseröffnung noch unterwegs sein.

Mit der Versendung ist das Zusammentreffen weiterer besonderer Umstände erforderlich, um das Verfolgungsrecht zu begründen. Die Ware darf nicht „schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt“ sein. Während der Eröffnung des Verfahrens muß die Ware also noch auf dem Transport, muß sie noch unterwegs sein. Diese Voraussetzung ist jedenfalls erfüllt, wenn die Ware bei der Konkurseröffnung noch nicht am Orte der Ablieferung angekommen ist. Ankunft am Bestimmungsort vor jenem Zeitpunkte schließt das Recht aber allein noch nicht aus. Erst durch die Ablieferung, wenn also die Ware „in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt“ ist, wird der Transport beendet. Ist diese Ablieferung vor der Konkurseröffnung erfolgt, so gehört

[1]) Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, S. 379, Anm. 12; Ötker, Verfolgungsrecht, S. 12.

die Ware unwiederbringlich zu dem nach § 1 KO. zur Konkursmasse gehörigen Vermögen des Gemeinschuldners. Ablieferung nach Zahlungseinstellung oder nach Stellung des Antrages auf Konkurseröffnung genügt nicht zur Begründung des in § 44 KO. gegebenen Rechts, wenn die Ablieferung vor Eröffnung des Verfahrens erfolgt ist. In den Motiven zur Konkursordnung[1]) heißt es: „Daß der Zeitpunkt der Konkurseröffnung und nicht die Zahlungseinstellung maßgebend sein muß, ergibt sich daraus, daß bis zur Eröffnung des Konkurses der Gemeinschuldner rechtlich und tatsächlich verfügen, Eigentum erwerben, Verpflichtungen und neue Kreditgeschäfte eingehen kann. Der Zeitpunkt der Konkurseröffnung fixiert die in Betracht kommenden Rechte.“ Eine Verpflichtung des Gemeinschuldners, die Annahme von Waren, welche nach Zahlungseinstellung eintreffen, zu verweigern, damit dem Verkäufer das Verfolgungsrecht gewahrt bleibe, besteht nicht[2]). Im Gegenteil wäre es vielleicht denkbar, hierin eine unerlaubte Bevorzugung eines Gläubigers zu erblicken, die nach KO. § 30 Ziffer 2 anfechtbar sein könnte.

Verweigert nämlich der Empfänger nach Zahlungseinstellung oder nach dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens die Annahme gekaufter Waren, so tut er das wohl meist nicht mehr im Geschäftsinteresse, sondern in der Absicht, den Verkäufer vor dem Schaden zu bewahren, sich wegen des Kaufpreises mit der Konkursdividende begnügen zu müssen. Er begünstigt also den Verkäufer, der wegen seiner Kaufgeldforderung zu den Konkursgläubigern gehört, insofern, als er ihm die Möglichkeit gewährt, den Kauf rückgängig zu machen. Auf eine derartige Sicherung oder Befriedigung hat aber der Verkäufer keinen Anspruch. Nach § 30 Ziffer 2 KO. ist daher die Verweigerung der Annahme, die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten

[1]) Hahn, a. a. O. S. 167.

[2]) So Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, S. 114, Anm. 2.

zehn Tagen vor jenen Ereignissen erfolgt, anfechtbar, sofern der Verkäufer von jenen Ereignissen oder von der Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, Kenntnis hatte. Für diese Kenntnis spricht eine gesetzliche Vermutung, weshalb der Verkäufer seine Nichtkenntnis zu beweisen hat (KO. § 30 Ziffer 2).

Für diese Voraussetzung kann die Frage bedeutsam werden, ob das Verfolgungsrecht ausgeschlossen ist, wenn der Käufer vor Konkurseröffnung die Ware unterwegs in seine tatsächliche Gewalt bekommt. Auch diese Frage beantwortet sich danach, ob darin eine gültige Ablieferung der Ware zu sehen ist oder nicht. Es steht nicht ohne weiteres in dem willkürlichen Ermessen des Adressaten, die Ware an jedem beliebigen Orte unterwegs in Empfang zu nehmen ohne Rücksicht auf den Bestimmungsort. Nach Ötker[1]) „ist der Transport bestimmungsgemäß beendet, wenn die Ware am Ablieferungsorte in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt ist. Der Transport ist bestimmungswidrig unterbrochen, wenn der Gemeinschuldner oder ein Dritter in seinem Auftrage die Ware in Besitz nimmt, ehe sie den Ablieferungsort erreicht hat. Nur die bestimmungsgemäße Beendigung des Transports vor der Konkurseröffnung schließt das Verfolgungsrecht aus". Der Transport allgemein darf als „bestimmungsgemäß" hiernach wohl dann gelten, wenn er dem Willen der Parteien oder wenigstens der zur Bestimmung des Transports berechtigten Partei entspricht. Wird also während des Transports durch Vereinbarung beider Parteien der Bestimmungsort geändert, so ist jedenfalls der neue Bestimmungsort für das Entstehen oder Nichtentstehen des Verfolgungsrechts maßgebend. Nimmt dagegen der Empfänger wider Willen oder ohne Wissen des Absenders die Waren unterwegs in Empfang, so ist das als eine bestimmungswidrige Beendigung des Transports anzusehen, die das Verfolgungsrecht nicht aus-

[1]) Ötker, a. a. O. S. 12 und 13.

schließt oder wenigstens nur dann ausschließt, wenn es auch bei bestimmungsgemäßer Beendigung des Transports nicht entstanden wäre.

Der Empfänger als solcher hat nicht das Recht, Auslieferung des Gutes während der Reise zu verlangen. Nur ausnahmsweise ist er hierzu ermächtigt, wenn z. B. der Absender den Frachtführer ermächtigt hat, dem Empfänger das Gut auch unterwegs auszuliefern (HGB. § 434 S. 2). In diesem Falle ist die „erfrühte Auslieferung" nicht als bestimmungswidrige Unterbrechung des Transports anzusehen[1]).

Von praktischer Wichtigkeit ist hierbei endlich die Frage, ob der Inhaber eines Transportpapieres den Transport vor Ankunft der Ware am Bestimmungsort „bestimmungsgemäß" unterbrechen kann oder nicht. Hierfür bestehen zunächst wesentliche Unterschiede je nach der Art des Transportpapiers. Die bloßen Begleitpapiere, z. B. Frachtbriefe, die lediglich als Beweisurkunden dienen, können schon aus dem Grunde kein Recht zur vorzeitigen Unterbrechung des Transports gewähren, weil sie dem Empfänger regelmäßig erst am Bestimmungsort nach Beendigung des Transports vom Frachtführer ausgehändigt werden (HGB. § 435).

Wird nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsort der Frachtbrief dem Empfänger übergeben, oder erhebt dieser nach § 435 HGB. Klage auf Auslieferung des Gutes, so wird er damit gemäß § 433 Abs. 2 HGB. mittelbarer Besitzer des Gutes[2]). Damit ist aber die Auslieferung des Gutes noch nicht vollzogen; dies ist erst dann der Fall, wenn der Frachtführer aus dem Besitzverhältnis zum Gute ganz ausscheidet, d. h. wenn der Frachtführer das Gut dem Empfänger oder dessen Vertreter übergeben hat[3]).

[1]) Haase, Besitz und Eigentumserwerb im Falle der Versendung, S. 20ff.; daselbst zitiert Schott S. 27.

[2]) Haase, a. a. O. S. 22.

[3]) Haase, a. a. O. S. 27; Gierke, a. a. O. S. 1000.

Eine wesentlich andere Bedeutung als die einfachen Begleitpapiere haben die Traditions- oder Dispositionspapiere. Doch gewähren auch diese dem Empfänger keineswegs stets die Möglichkeit, unterwegs die Auslieferung der Ware zu verlangen. Es ist hierbei zu scheiden der Fall, daß nur ein Traditionspapier ausgestellt ist, von dem Fall, daß mehrere Traditionspapiere ausgestellt sind. Bei Ausstellung nur eines Traditionspapiers ist der Empfänger, der sich im Besitze des Papiers befindet, auf Grund der §§ 647 und 450 HGB. zur vorzeitigen Unterbrechung des Transports berechtigt. Der Absender hat sich mit der Begebung die Möglichkeit genommen, während des Transports eine Gegenorder zu erlassen (§§ 659 Abs. 1 und 457 Abs. 3 HGB.). Nur ausnahmsweise, wenn ein Konnossement nicht an Order lautet, ist diese Möglichkeit unter den Voraussetzungen des § 659 Abs. 4 noch gegeben.

Sind dagegen mehrere an Order lautende Dispositionspapiere ausgestellt, so ist nur der legitimierte Inhaber sämtlicher Papiere berechtigt, den Transport vor Ankunft der Ware am Bestimmungsort zu unterbrechen (§ 659 Abs. 2). Der Inhaber nur eines Exemplars (oder auch einzelner) kann in diesem Falle nur am Bestimmungsort die Auslieferung der Güter verlangen (HGB. § 645), und zwar gilt hierbei das Präventionsprinzip des § 648 HGB.[1]) Ihrer Natur nach sind die Traditionspapiere dazu bestimmt, „das Gut schon während der Reise zirkulationsfähig zu machen“[2]), der durch sie übertragene Anspruch auf Herausgabe der Ware soll aber im allgemeinen volle Wirksamkeit erst am Bestimmungsort erhalten.

§ 7a.

Der Ausdruck „Gewahrsam“.

§ 44 KO. gebraucht den Ausdruck „Gewahrsam“, und es fragt sich, ob diesem Ausdrucke eine besondere Be-

[1]) Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere, in der Festgabe für Felix Dahn, S. 224.

[2]) Haase, a. a. O. S. 44.

deutung beizumessen ist. Der Sinn, den der Ausdruck nach dem ALR. hat, ist in der heutigen Rechtsordnung wohl nicht mehr gegeben. Die besondere technische Bedeutung des Ausdrucks im ALR. beruht nach Förster-Eccius[1]) darin: „Überall, wo ein eigennütziger Wille zu besitzen vorhanden, ist Besitz vorhanden, für den Gewahrsam bleibt nur das stellvertretende Innehaben.“ Daß der Ausdruck hier nicht in diesem Sinne verstanden werden darf, ergibt sich schon daraus, daß der Gemeinschuldner den Gewahrsam der ihm abgelieferten Ware regelmäßig wohl in eigennütziger Absicht ausüben wird.

„Gewahrsam ist gleich Besitz“ lehrt L. Seuffert[2]). Damit aber dürfte der Begriff „Gewahrsam“ zu weit gefaßt sein; denn folgerichtig müßte man Gewahrsam alsdann auch annehmen, wenn der mittelbare Besitz erlangt ist. Dieser Besitz ist durch Empfang eines Transportpapiers als erlangt anzusehen[3]). Damit würde aber die Anwendbarkeit des § 44 KO. wenigstens in dem Falle ausgeschlossen sein, daß Empfang des Transportpapiers und Ankunft der Ware am Bestimmungsort vor Konkurseröffnung erfolgen. Im Sinne des § 44 KO. liegt es aber, daß das Verfolgungsrecht auch dann gegeben ist, wenn die Ware vor Konkurseröffnung zwar am Bestimmungsorte angekommen, aber zu dieser Zeit dem Empfänger noch nicht ausgeliefert ist.

---

[1]) Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 3. Buch, S. 18.

[2]) L. Seuffert, a. a. O. S. 96.

[3]) Dernburg, Das bürgerliche Recht III, § 18, Nr. 6; Heymann a. a. O. S. 148 und 240.

Es sei hierbei anmerkend auf die Heymannsche Lehre über den Eigentumserwerb mittels Traditionspapiers hingewiesen. Nach der von Heymann vertretenen absoluten Theorie vollzieht sich der Eigentumserwerb unabhängig vom Besitzerwerb. Er findet also auch statt, wenn der Veräußerer sich nicht im mittelbaren Besitz der Ware befindet. Dies ist insbesondere der Fall, wenn zur Zeit der Begebung des Traditionspapiers der unmittelbare Besitz der Transportperson nicht mehr vorhanden ist. (Vgl. insbesondere S. 161 u. 214.) Heymann stützt sich mit seiner Lehre auf die historische Entwicklung S. 187 ff. Die handelsrechtlichen Traditionspapiere sind ein Anwendungsfall der carta traditionis, sie leiten ihre Wirkung und ihren inneren Wert aus der Präsentationsqualität her. S. 218.

Ankunft der Ware am Bestimmungsort vor Konkurseröffnung allein schließt nach § 44 KO. das Recht in keinem Falle aus.

Wenn nun eine besondere Bedeutung dem Worte Gewahrsam nicht beizulegen ist, es auch mit Besitz schlechthin nicht identisch ist, so dürfte es wohl richtig sein, es dem unmittelbaren Besitz gleichzustellen oder wenigstens unterzuordnen. Denn daß es eine unter den Begriff Besitz fallende Bedeutung hat, darf wohl als zweifellos hingestellt werden. Da nun nach dem BGB. Besitz nur in zwei Formen, als mittelbarer und unmittelbarer (BGB. 868), vorkommen kann, so muß sich jedes Besitzverhältnis unter eine dieser beiden Formen einreihen lassen. Mithin dürfte der obige Schluß gerechtfertigt erscheinen. Ein Einwand könnte sich vielleicht noch darauf stützen, daß dem Besitz ähnliche Verhältnisse vorkommen, die das Gesetz doch nicht als Besitz ansieht, z. B. bei den unter BGB. 855 fallenden Verhältnissen. Es könnte mit Rücksicht hierauf die oben vorausgesetzte Behauptung, Gewahrsam habe eine unter den Begriff Besitz fallende Bedeutung, übereilt erscheinen. Doch darf als ausgeschlossen gelten, daß mit „Gewahrsam“ in § 44 KO. die tatsächliche Gewalt bezeichnet werden soll, wie sie der Besitzdiener ausübt. Der Gewahrsam des Gemeinschuldners selbst kann so nicht aufgefaßt werden, da dieser regelmäßig das Eigentum an der Ware erwerben will und daher nach BGB. 872 Eigenbesitzer ist. Aber auch, wenn der Käufer die Ware nach HGB. § 377 als Erfüllung ablehnt, so ist er doch nach HGB. § 379 zur Aufbewahrung verpflichtet und demnach nach BGB. § 868 Fremdbesitzer. Der Gewahrsam, den der Gemeinschuldner ausübt, ist also in jedem Falle unmittelbarer Besitz, sei es Eigen- oder Fremdbesitz. Mit dem Gewahrsam, den eine andere Person für ihn ausübt, könnte freilich auch die tatsächliche Gewalt des Besitzdieners gemeint sein. Da aber dem Besitzdiener ein unmittelbarer Besitzer übergeordnet ist, und da aus dem „für ihn“ folgen würde, daß dies hier stets der Gemeinschuldner ist, so würde dieser Gewahrsam nach obigem schon unter den Gewahr-

sam des Gemeinschuldners selbst fallen, er brauchte daher nicht erst besonders erwähnt zu werden. Die Annahme aber, daß Gewahrsam hier in doppelter Bedeutung als unmittelbarer Besitz des Gemeinschuldners und als tatsächliche Gewalt eines Besitzdieners zu verstehen ist, ist wohl ohne weiteres abzulehnen.

„Gewahrsam" kann demnach hier nur unmittelbaren Besitz bedeuten. Aus der Fassung „Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn" ergibt sich, daß nicht stets unmittelbarer Besitz des Gemeinschuldners gefordert wird, sondern daß auch mittelbarer Besitz genügt. Dieser mittelbare Besitz ist ausdrücklich hervorgehoben im Gegensatz zu dem auf Grund eines Transportpapieres vor Konkurseröffnung schon bestehenden. Durch die Transportbeendigung erlangter Besitz des Gemeinschuldners, sei es mittelbarer oder unmittelbarer, ist für das Recht des § 44 KO. maßgebend. Vielfach z. B. bei Jäger[1]) und v. Sarwey-Boßert[2]) ist Gewahrsam als die „tatsächliche Innehabung" bezeichnet. Bei dieser vorsichtigen Ausdrucksweise ist die Möglichkeit gegeben, darunter auch Fälle zu rechnen, die nicht zum Besitz gehören. Jäger[1]) hebt auch ausdrücklich hervor: „Gewahrsam ist sonach etwas anderes als das Rechtsverhältnis des Besitzes (854 ff. BGB.)". Jäger stützt sich hierbei wohl besonders auf § 854 Abs. 2 BGB. Danach genügt zum Erwerbe des Besitzes die Einigung zwischen bisherigem Besitzer und Erwerber, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Unmittelbarer Besitz würde demnach ein weiterer Begriff als Gewahrsam sein; denn zum unmittelbaren Besitz genügt das „in der Lage sein," die Gewalt über die Sache auszuüben, während für den Begriff „Gewahrsam" wohl ein besonders offensichtliches Herrschaftsverhältnis erfordert wird. Mag aber immerhin zugegeben werden, daß sich zwischen den Be-

[1]) Jäger, a. a. O. S. 380 Anm. 10.

[2]) v. Sarwey-Boßert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich S. 210 Nr. 8.

griffen „tatsächliche Innehabung“ und „tatsächliche Gewalt“, „Gewahrsam“ und „unmittelbarer Besitz“ ihrer umfassenden Bedeutung nach ein gewisser Unterschied konstruieren läßt, in ihrer Art und in ihrem Wesen bedeuten sie dasselbe und werden auch meist gleichbedeutend gebraucht. Jäger läßt es auch bei seiner Behauptung, daß Gewahrsam etwas anderes sei als das Rechtsverhältnis des Besitzes, bewenden, ohne eine nähere Begründung dafür zu geben. Wenn er schließlich auch als seine Ansicht betont: „Der Erwerb des mittelbaren Besitzes nach § 870 BGB. ist jedefalls keine Erlangung des Gewahrsams“, so liegt hierin wohl kaum ein dem oben angegebenen Satze entsprechendes Ergebnis. Kann doch auch bei der oben vertretenen Identifizierung von Gewahrsam mit unmittelbarem Besitz durch Erlangung des mittelbaren Besitzes nie „Gewahrsam“ erworben werden; denn der Gewahrsam, den ein anderer für ihn ausübt, ist natürlich kein Gewahrsam des Gemeinschuldners.

Ein etwaiger Versuch schließlich, „Gewahrsam“ in Kongruenz zu bringen mit der „Ablieferung“, also zu sagen: Gewahrsam ist der auf der „Empfangnahme“ [1]) und nicht nur auf der „Annahme“ der Güter beruhende Besitz, dürfte wohl der Grundlagen entbehren und daher aussichtslos sein; denn zur Erlangung des Gewahrsams ist der Eigentumswille nicht erforderlich [2]).

§ 8.

5. Die Ware darf noch nicht vollständig bezahlt sein.

Das Verfolgungsrecht beruht naturgemäß auch darauf, daß eine Befriedigung des Verkäufers für die gelieferte Ware noch nicht erfolgt ist, da andernfalls ein Schutzbedürfnis für den Verkäufer nicht besteht. Nicht befriedigt ist der Verkäufer, wenn die Waren „noch nicht vollständig

[1]) Engelmann, a. a. O. S. 317 und 318; Zimmermann, Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, Bd. 19, S. 414.

[2]) v. Sarwey-Boßert, S. 210, Nr. 8.

bezahlt sind". Die kleinste Restgeldforderung ist also genügend, um ihm beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen die Geltendmachung des Verfolgungsrechts zu sichern. Zahlung ist in jedem Falle erfolgt, wenn dem Bedürfnisse des Gläubigers nach Befriedigung genügt ist.

Dies ist außer bei Erfüllung (BGB. § 362) der Fall bei der Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung, wenn das Rücknahmerecht ausgeschlossen wird (§ 378 BGB.), ferner in jedem Falle bei der Annahme einer andern Leistung an Erfüllungsstatt (§ 364), beim Erlaß (§ 367) und bei der vollzogenen Aufrechnung (§ 389). Aber auch nur die als Zahlung vereinbarte Aufrechnung ist zur Befriedigung des Gläubigers als genügend anzusehen, sofern eine entsprechende Schuld des Gläubigers bei Konkurseröffnung besteht; denn der Gläubiger kann die ausbedungene Befriedigung auch nach Eröffnung des Verfahrens in vollem Umfange erhalten (KO. § 53). Stundung des Kaufpreises und bloße Sicherheitsleistung (BGB. § 232) enthalten dagegen keine Befriedigung des Gläubigers. Auch Anweisung ist nicht Zahlung; denn selbst ein angewiesener Schuldner des Anweisenden ist nicht zur Annahme verpflichtet (BGB. § 787 Abs. 2), und auch im Falle der Annahme wird der Anweisungsempfänger erst durch Leistung des Angewiesenen befriedigt (§ 788). Der Scheck ist nach geltendem Recht nichts anderes als eine Zahlungsanweisung, bei der regelmäßig ein Bankier Angewiesener ist[1]). Für seine Ausstellung gilt daher auch der Satz: „Anweisung ist keine Zahlung." Ist der Bankier durch den Scheckvertrag auch verpflichtet, in Höhe des Guthabens die Schecks des Scheckkunden einzulösen, so wird dadurch noch nichts am Wesen des Schecks geändert[2]). Der Scheck ist keine Zahlung, auch wenn das Bankguthaben zur Einlösung ausreicht. Sind Verkäufer und Käufer Girokunden

[1]) Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 790.

Von Bedeutung ist seit 1. Januar 1909 auch der Postscheck (§ 6 und § 8 Postscheckordnung vom 6. November 1908).

[2]) Lehmann, a. a. O. S. 794 ff.

einer Bank, so ist die Girozahlung erst erfolgt mit der Umschreibung[1]), d. h. mit der Abschreibung der Kaufsumme vom Konto des Käufers und der Zuschreibung zum Konto des Verkäufers. Ausstellung eines eigenen und Akzept eines bezogenen Wechsels durch den Käufer ist keine Zahlung. Wechsel, wie auch Anweisung und Scheck, werden regelmäßig nicht an Zahlungsstatt, sondern zahlungshalber gegeben.

Stehen die Kontrahenten im Kontokorrentverkehr, so gilt Zahlung als erfolgt, „wenn nach dem Stande der Rechnung zur Zeit der Konkurseröffnung ein Schuldsaldo des Bestellers sich nicht ergibt“[2]). Im Kontokorrentvertrage haben sich die Parteien verpflichtet, ihre gegenseitigen Ansprüche und Leistungen in Rechnung zu stellen und sie nach bestimmten Zeitabschnitten summarisch aufzurechnen. Der in Rechnung gestellte Kaufpreis verliert dabei seine Eigenschaft als selbständige Forderung und wird zum einfachen Rechnungsposten. Aus den für die einzelnen Rechnungsposten bestehenden Sicherungen kann sich der Gläubiger gemäß § 356 HGB. aber nach Rechnungsabschluß noch insoweit Befriedigung suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die in dem betreffenden Posten enthaltene Forderung sich decken. Die für den Kaufpreis bestehende Sicherheit ist das Verfolgungsrecht. Dieses kann unbeschränkt geltend gemacht werden, wenn der Kaufpreis noch nicht vollständig bezahlt ist. Erscheint mithin bei der Abrechnung zur Zeit der Konkurseröffnung das geringste Passivsaldo des Käufers, so gilt die Ware als noch nicht vollständig bezahlt, und dem Verkäufer steht somit beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen das Verfolgungsrecht zu.

Bei der Einkaufskommission ist das Vertragsverhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär nicht in seine Bestandteile als Kommissionsvertrag und Kaufvertrag (oben § 4) zu zergliedern, sondern als ein einheitliches Verhältnis

[1]) Lehmann, a. a. O. S. 785.

[2]) Ötker, Verfolgungsrecht, S. 19.

anzusehen. Das Verfolgungsrecht steht dem Einkaufskommissionär also dann zu, wenn er auch nur in einer seiner Eigenschaften nicht voll befriedigt ist. Zahlung oder Erstattung des Preises der Ware schließt also für ihn das Verfolgungsrecht dann nicht aus, wenn er gegen den Kommittenten noch Ansprüche auf Erstattung sonstiger Auslagen oder auf Provision hat. Übernimmt der Gemeinschuldner die Zahlungspflicht des Kommissionärs gegenüber seinem dritten Kontrahenten, so ist eine Befriedigung des Kommissionärs nur dann erfolgt, wenn er von jeder Haftung dem Dritten gegenüber frei ist[1].

Verpflichtet sich also der Kommittent zur Erfüllung der Verbindlichkeit, die der Kommissionär seinem Kontrahenten gegenüber hat, so genügt das nicht zur Befriedigung des Kommissionärs; denn der Dritte erhält nach § 329 BGB. im Zweifel dadurch nicht einmal ein selbständiges Recht gegen den Kommittenten, der Kommissionär bleibt ihm vielmehr allein verpflichtet. Haben die Parteien freilich ein selbständiges Forderungsrecht des Dritten schaffen wollen, so ist durch diesen Vertrag zugunsten des Dritten nach BGB. § 328 der Kommittent dem Dritten unmittelbar verpflichtet. Es ist damit aber nur ein Fall kumulativer Schuldübernahme geschaffen, bei der auch der alte Schuldner gebunden bleibt. Hat sich dagegen der Kommittent verpflichtet, die Schuld des Kommissionärs zu übernehmen (BGB. § 414), und ist dieser Vertrag durch den dritten Kontrahenten genehmigt worden, so ist die Schuld auf den Kommittenten übergegangen (BGB. § 415). Er ist an Stelle des Kommissionärs getreten, dieser ist von seiner Schuld frei.

§ 9.

6. Erwerb des Eigentums durch den Käufer oder Kommittenten.

Wenn in dieser Abhandlung der Versuch gemacht wird, Eigentumserwerb durch den Gemeinschuldner als Voraussetzung des Verfolgungsrechts anzusehen, so kann

[1]) Ötker, a. a. O. S. 20.

das freilich nicht als eine der im Gesetz ausdrücklich hervorgehobenen Voraussetzungen bezeichnet werden. Es soll auch zugegeben werden, daß diese Voraussetzung, da sie aus dem Gesetz nicht ohne weiteres hervorgeht, als der Ausfluß einer bestimmten Auffassung über die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts angesehen werden muß. Da aber logisch die Voraussetzungen für die rechtliche Natur eines Rechtes präjudiziell sind und nicht umgekehrt, so ergab sich die Notwendigkeit, dieses Erfordernis schon hier anzuführen.

Wie bereits oben angedeutet, hindert es die Entstehung des Verfolgungsrechts nicht, daß der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung Eigentum an der gekauften Ware erworben hat, sofern er oder eine andere Person für ihn zu dieser Zeit die Ware noch nicht in Gewahrsam bekommen haben. Für den Eigentumserwerb ohne tatsächliche Übergabe kommen hier namentlich in Betracht: HGB. §§ 424, 450 und 647, § 26 Gesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 15. Juni 1895 in Verbindung mit HGB. § 450, §§ 3 und 7 Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896 und BGB. § 931. Ob besonders in den letzteren Fällen durch den Eigentumserwerb auch die tatsächliche Übergabe ersetzt ist, bleibt Tatfrage. Vorheriger Eigentumserwerb durch Warenpapiere ist beim Versendungskauf und somit beim Verfolgungsrecht sehr häufig, doch ist das Verfolgungsrecht keineswegs auf diese Fälle beschränkt. Staub hebt nun — obwohl er bei Beurteilung der juristischen Natur schließlich zu einer entgegengesetzten Ansicht gelangt, wie sie hier vertreten wird — als für das Verfolgungsrecht bedeutsam gerade die Fälle hervor, die zum Beweise des hier aufgestellten Erfordernisses geeignet erscheinen: „Von Wichtigkeit wird das Verfolgungsrecht aber in folgenden Fällen: wenn die Ware durch Dispositionspapiere (Konnossement usw.) oder im Wege sonstiger Übereignung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übergeben wird . . . (§ 931 BGB.)

Ferner wird das Verfolgungsrecht dann wichtig, wenn das Eigentum der Ware bei der Konkurseröffnung auf den Gemeinschuldner noch nicht übergegangen ist, aber hinterher das Eigentum übergeht[1]).“ Auf diese von Staub als die wichtigsten bezeichneten Fälle, daß nämlich das Eigentum der Ware entweder vor oder nach der Konkurseröffnung auf den Gemeinschuldner übergegangen ist, dürfte wohl die Anwendbarkeit des § 44 KO. zu beschränken sein. Wenn Staub auch die Befugnis des Absenders, „geeignete Schritte zu tun, um zu verhindern, daß die Ware zur Konkursmasse gelangt, um sich dieser gegenüber die vorteilhafte Stellung des glücklichen Besitzers zu verschaffen“[2]), als Ausübung des in § 44 KO. gegebenen Rechts ansehen sollte, so kann dem nicht beigestimmt werden; denn das Verfolgungsrecht ist „das Recht des Verkäufers, die Eigentums- und Besitzübertragung an der abgesendeten Ware im Falle des Konkurses rückgängig zu machen“[3]). Die „wirkliche Verfolgung“ der Ware während des Transports ist kein aus KO. § 44 folgendes Recht. Die Anwendung speziell dieses Rechtes setzt Eigentumsübergang voraus. Diese Auffassung scheint auch den Erörterungen Staubs[4]) über die eigentliche Bedeutung des Verfolgungsrechts zugrunde zu liegen: „Zwar kann der Verkäufer durch rechtzeitiges Anhalten der Ware verhindern, daß sie in das Eigentum der Konkursmasse gezogen wird. Allein, wenn das nicht geschieht, z. B. weil dem Verkäufer von der drohenden Konkurseröffnung nichts bekannt ist, so hat der Verkäufer nunmehr das Verfolgungsrecht aus § 44 KO.“

Allgemein wird jedoch über den nachträglichen Eigentumserwerb durch den Gemeinschuldner der Anschauung gehuldigt, daß er der Geltendmachung des Verfolgungs-

[1]) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Anm. 99 S. 1728; Siméon, Recht und Rechtsgang im deutschen Recht II, S. 558 und 559.

[2]) Staub, a. a. O. S. 1731, Anm. 112.

[3]) RG. v. 18. 10. 1893, Bd. 32, 20.

[4]) Staub, a. a. O. Anm. 99, S. 1728.

rechts nicht schade; daß er aber für die Geltendmachung des Rechts erforderlich sei, wird nicht angenommen.

Jäger [1]) sieht im Verfolgungsrecht nicht nur ein Rückforderungs- sondern auch ein Zurückbehaltungsrecht. Da aber bereits oben § 6 Zurückbehaltungsrecht und Verfolgungsrecht als verschiedenartige Begriffe zu begründen versucht wurden, kann dem nicht beigestimmt werden. Damit soll natürlich nicht bestritten werden, daß Zurückbehaltungsrecht und Verfolgungsrecht konkurrieren können. Doch beruht alsdann das Zurückbehaltungsrecht auf anderen Voraussetzungen als denen des § 44 KO. und ist daher ein anderes als das Verfolgungsrecht. Hat aber der Verkäufer ohne Geltendmachung des Verfolgungsrechts den Besitz der Ware wiedererlangt, so steht ihm gegenüber dem Anspruche auf Herausgabe der Ware an die Masse die Einrede des Verfolgungsrechtes zu. Diese Einrede kann der römischen exceptio doli vergleichbar angesehen werden nach dem Grundsatze von § 3 l. 173 D. 50, 17: dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Heute würde diese Einrede durch die grundsätzliche Berücksichtigung von „Treu und Glauben" bei allen Schuldverhältnissen gerechtfertigt sein. Der Wiedererwerb des Eigentums auf Grund des Verfolgungsrechts würde durch brevi manu traditio nach BGB. § 929 Satz 2 erfolgen.

Das Verfolgungsrecht ist — entsprechend seiner später zu beweisenden Eigenschaft als reines Rückforderungsrecht — also nur anwendbar, wenn das Eigentum übergegangen ist. War der Gemeinschuldner nicht schon vor Konkurseröffnung Eigentümer, so muß er es nachher werden, falls dem Verkäufer das Recht des § 44 KO. zustehen soll. Dieser nachträgliche Erwerb des Eigentums wird durch § 6 Abs. 1 KO. nicht ausgeschlossen. Durch die Konkurseröffnung „verliert der Kridar im allgemeinen nichts von seiner zivilistischen Rechts- und Handlungsfähigkeit." [2]) Eine dem § 15 KO. entsprechende Bestimmung, wonach

[1]) Jäger, a. a. O. S. 376, Anm. 4.

[2]) Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts S. 290.

beim Konkurse des Absenders der Eigentumserwerb durch den Empfänger nicht mehr stattfinden kann, gibt es für den Konkurs des Käufers nicht. Ist die Übernahme des Vermögens durch den Konkursverwalter bereits erfolgt, so vollzieht sich der Eigentumserwerb auf Grund von KO. § 6 Abs. 2 und § 117 durch den Konkursverwalter.

Der Eigentumsübergang, der hier als Voraussetzung des im § 44 KO. gegebenen Rechts gefordert wird, ist auch in der englischen Literatur als Voraussetzung des right of stoppage in transitu hingestellt worden mit der Begründung, daß das Verfolgungsrecht des Absenders da nicht Platz greife, wo das Eigentum bei demselben zurückgeblieben sei, weil er in diesem Falle eines solchen Rechtsmittels nicht bedürfe.[1])

II. Die besondere Voraussetzung für die Geltendmachung des Rechts.

§ 10.

Das Erfüllungsrecht des Konkursverwalters nach § 17 KO.

Nach § 44 Abs. 2 KO. finden die Bestimmungen des § 17 Anwendung. § 17 lautet:

> Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen.
>
> Der Verwalter muß auf Erfordern des anderen Teils, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er

[1]) Des Näheren Eisenlohr, Über die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts § 3 S. 24. Anm. (Abbot, law of merchant ships ed. 10, 1856. Ross, leading cases Vol II.)

die Erfüllung verlangen will. Unterläßt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen.

Das Erfüllungsrecht des § 17 KO. wird von Ötker[1]) und Jäger[2]) als negative Voraussetzung des Verfolgungsrechts bezeichnet. Es kann bei dieser Ausdrucksweise ein Zweifel darüber bestehen, ob es eine Voraussetzung negativen Inhalts ist, die zur Entstehung des Rechts erforderlich ist, wie es Ötker[3]) auffaßt, oder ob es eine Voraussetzung positiven Inhalts ist, die das Recht vernichtet. Da das Erfüllungsrecht des Verwalters für das Verfolgungsrecht wohl die Bedeutung hat, daß durch seine Geltendmachung nachträglich die Voraussetzung der Nichtzahlung gewissermaßen fortfällt, so wird man die Geltendmachung des Erfüllungsrechts wohl als positive Voraussetzung für die Ausschließung des Verfolgungsrechts ansehen können. Bis zur Geltendmachung des Erfüllungsrechts hat aber das Verfolgungsrecht bestanden; denn bis dahin war auch seine Voraussetzung, Nichtzahlung des Kaufpreises durch den Gemeinschuldner, im vollen Umfange gegeben. Für die Entstehung des Rechts sind demnach nur die unter I angeführten gesetzlichen Voraussetzungen maßgebend, und nur für seine Geltendmachung kann auch das Erfüllungsrecht des Verwalters in Betracht kommen. Möglich wäre vielleicht auch eine Auffassung derart, daß das Verfolgungsrecht beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen durch die Nichtgeltendmachung des Erfüllungsrechts aufschiebend bedingt ist, oder daß durch die Geltendmachung des Erfüllungsrechts das Verfolgungsrecht auflösend bedingt ist. Mag man aber die hier behandelte Voraussetzung auffassen, wie man will, sie steht wohl kaum auf einer Linie mit den unter I angegebenen.

Zu erörtern bleibt schließlich noch die Frage, ob § 44 Abs. 2 KO. die Bedeutung hat: — „der Verwalter hat auch im Falle des Verfolgungsrechts das Recht des § 17“ —

[1]) Ötker, a. a. O. S. 20.

[2]) Jäger, a. a. O. S. 382 Anm. 23.

[3]) Ötker, a. a. O. S. 47, 48.

oder ob Abs. 2 bedeutet: — „das Erfüllungsrecht des § 17 besteht auch im Falle des Verfolgungsrechts, aber nur, wenn seine Voraussetzungen ganz erfüllt sind". Da § 44 Abs. 2 KO. lautet: „die Bestimmungen des § 17 finden Anwendung", so scheint dadurch die zweite Ansicht begründet zu sein. Doch könnte sich dagegen wohl einwenden lassen, daß der Absatz 2 des § 44 dann überflüssig wäre. Während Ötker-Verfolgungsrecht [1]) die Ansicht vertritt, daß „es dem Sinne des Gesetzes entspricht, Verfolgungs- und Erfüllungsrecht in ein völlig korrelates Verhältnis zu bringen", ist seine Ansicht in der Zeitschrift für Zivilprozeß [2]) die, daß es richtiger sein wird, „das Allegat im § 36 (44) auch auf den Kondizionalsatz im § 15 (17), seinem ganzen Inhalte nach zu beziehen".

Denselben Standpunkt vertritt auch Jäger [3]) und Staub [4]). Doch dürfte mit der herrschenden Lehre darin übereinzustimmen sein, daß beim Verfolgungsrecht stets das Erfüllungsrecht vom Verwalter geltend gemacht werden darf. Gipfelt doch das Verfolgungsrecht in seinen Voraussetzungen gerade darauf, daß zur Zeit der Konkurseröffnung die Erfüllung des Verkäufers an den Käufer — allerdings in ganz spezieller Hinsicht — noch nicht völlig geschehen ist, mag auch der Verkäufer alles zur Erfüllung seinerseits Erforderliche bereits getan haben, und mag diese Erfüllung formell beim Käufer auch vorher schon vorliegen. Daß dies möglich ist, beruht auf dem Wesen der Transportpapiere und des Versendungskaufs, der ja die Grundlage des Verfolgungsrechts bildet. Abs. 2 § 44 KO. darf mithin wohl dahin verstanden werden, daß im Falle des Verfolgungsrechts dem Verwalter das Recht des § 17 zusteht; denn beim Vorliegen des Verfolgungsrechts können die Voraussetzungen des Erfüllungsrechts als gegeben betrachtet werden. Demgemäß kann das Erfüllungsrecht

[1]) Ötker, a. a. O. S. 20.
[2]) Ötker, Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 14 S. 29.
[3]) Jäger, a. a. O. S. 382 Anm. 22.
[4]) Staub, a. a. O. Anm. 111 S. 1731.

auch als eine dem Verwalter gegen das Verfolgungsrecht stets zustehende Einrede angesehen werden. Diese Einrede erlischt durch Verzicht oder durch Nicht-Geltendmachung nach § 17 Abs. 2 KO.

3. Abschnitt.

Zweck, Ziel und Entstehung des Verfolgungsrechts.

§ 11.

Der Zweck des Verfolgungsrechts.

Neben den Voraussetzungen kann für die Beurteilung der rechtlichen Natur des Verfolgungsrechts auch die Frage nach seinem Zweck und Ziel von Wichtigkeit sein. Die ratio legis ist nach Ötker [1]), die Läsion des Verkäufers zu beseitigen. Der Rechtsgrund würde demnach darin liegen, daß ohne dieses Recht den Verkäufer ein Schaden treffen würde. Gerade für diesen Schaden sind die Bestimmungen über den Eigentumserwerb wesentlich. Nach diesen Bestimmungen richtet sich demnach auch die Bedeutung des Verfolgungsrechts. Die Wichtigkeit des Rechts soll danach für die Hauptrechtsgebiete in Deutschland vor dem 1. Januar 1900, für das gemeine, preußische und französische Recht, und für ganz Deutschland nach Einführung des BGB. hervorgehoben werden.

1. Nach gemeinem Recht ging das Eigentum an einer verkauften und tradierten Ware beim Barkauf erst mit der Zahlung des Kaufpreises auf den Käufer über. Ein Schaden des Verkäufers beim Konkurse des Käufers war demnach nicht zu befürchten. Die tradierte Ware gehörte nicht zur Konkursmasse, und der Verkäufer konnte daher ihre Aussonderung aus der Masse beanspruchen. Er hatte die rei vindicatio oder actio Publiciana sowohl gegen den Käufer wie gegen Dritte, daneben auch die actio venditi gegen den Käufer und die actio mandati oder locati gegen die Transportperson. Im Falle eines Barkaufs war also genügender Schutz für den Verkäufer vorhanden, und nur

[1]) Ötker, Verfolgungsrecht, S. 24.

beim Kreditkauf konnte ein besonderer Schutz notwendig werden. Allgemein war jedoch das gemeinrechtliche Traditionsprinzip für den Verkäufer derart günstig, daß das Bedürfnis nach einem besonderen Schutze beim Konkurse des Käufers nicht fühlbar wurde; denn es gewährt im Vergleich zu dem unten erörterten preußischen und französischen Recht dem Verkäufer eine verhältnismäßig lange währende Sicherheit.

Im Gebiete des gemeinen Rechts gab es vor der Reichskonkursordnung daher auch kein gemeines Verfolgungsrecht, sondern es kam nur vor als „eine vereinzelte Erweiterung des dem unbezahlten Verkäufer zustehenden, schon an sich umfassenden Rechtsschutzes“ [1]).

2. Nach preußischem Recht erwarb der Käufer unter wesentlich leichteren Bedingungen das Eigentum an der Kaufsache. Der „mittelbare“ d. h. abgeleitete Erwerb des Eigentums erfordert nach ALR. I, 10, 11 und 12 Übergabe auf Grund eines Titels. Nach § 128 ALR. I, 10 ist unter Abwesenden „die Übergabe beweglicher Sachen vollzogen, sobald die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt, oder auf die Post gegeben oder dem Fuhrmann oder Schiffer überliefert worden“. Es gehört also nicht wie nach gemeinem Recht Zahlung oder Kreditierung des Kaufpreises zu den Voraussetzungen des Eigentumserwerbs. Dazu kam, daß die Vindikation — wenn sie der Verkäufer noch hatte — erheblichen Beschränkungen unterworfen war (§§ 25, 26 ALR. I, 15). Ein gewisser Schutz ist dem Verkäufer freilich schon durch §§ 224, 225 ALR. I, 11 gegeben, wonach der Verkäufer innerhalb acht Tagen nach der Übergabe gerichtliche Klage anmelden kann, wenn der Käufer die vorbedungene Barzahlung bei der Übergabe nicht geleistet hat. Diese Klage geht auf „Reszission des Kaufvertrages und der Eigentumsübertragung“ [2]). Die Lage des Verkäufers blieb aber trotzdem eine weit un-

[1]) Goldschmidt, Handbuch I, § 82, S. 860.

[2]) Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 8, S. 279.

günstigere als nach gemeinem Rechte, so daß das Verfolgungsrecht im preußischen Recht eine weit größere Bedeutung fand. Die strengere Form war gewährt durch AGO. I, 50, § 305—309b, die mildere Form wurde in wesentlich gleichem Umfange wie durch die Reichskonkursordnung eingeführt durch die KO. vom 8. Mai 1855.

3. Das französische Recht ist durch seine Bestimmung über den Eigentumserwerb in art. 711 code civil:

> la propriété des biens s'acquiert et se transmit — par l'effet des obligations

und durch den Ausschluß der Vindikation gegen den redlichen Besitzer nach art. 2279:

> en fait de meubles la possession vaut titre

für den Verkäufer am ungünstigsten, ein Schutzbedürfnis für ihn daher am größten. Durch die bei Nichtzahlung des Kaufpreises nach art. 1184, 1654 gegebene Reszissionsklage war zwar eine Milderung jener Härten herbeigeführt, doch blieb das Verfolgungsrecht des art. 576 code de commerce und später das des § 36 KO. für dieses Rechtsgebiet von der größten Wichtigkeit.

Seit dem 1. Januar 1900 wird in ganz Deutschland das Eigentum an einer beweglichen Sache nach BGB. § 929 grundsätzlich dadurch erworben, daß der Eigentümer dem Erwerber die Sache übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Der Verkäufer hat nach BGB. § 433 die Pflicht, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Da der Eigentumsübergang also an schwerere Bedingungen geknüpft ist als im preußischen und französischen Recht, hat das Verfolgungsrecht diesen Gebieten gegenüber an Bedeutung verloren.

Die Läsion des Verkäufers zu beseitigen, ist freilich der Zweck des Verfolgungsrechts; daß aber das Recht allein zurückzuführen ist auf die Läsion, die sich aus der grundsätzlichen Regelung des Eigentumsüberganges ergeben kann, dürfte kaum begründet erscheinen. Da ein Konkurs den Schaden vieler Gläubiger mit sich bringt,

würde es nicht gerechtfertigt sein, daß eine Person, die nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen den Schaden mit zu erleiden hätte, nur auf Grund einiger ungünstiger äußerer Umstände einen besonderen Rechtsschutz erhielte. Dagegen ist es erklärlich, daß ein Schaden, den Ausnahmesätze für einen Gläubiger herbeiführen, durch ein entsprechendes Ausnahmegesetz geheilt wird. Eine Durchbrechung der Grundsätze über den Eigentumserwerb bedeutet aber der Eigentumserwerb durch Transportpapiere überall da, wo grundsätzlich Eigentum durch Tradition erworben wird. Man wird wohl dem Resultate Eisenlohrs[1]) beistimmen dürfen, „daß seiner eigentlichen Natur nach das Verfolgungsrecht ein Korrelat der Sätze sei, mittels welcher für den Handelsverkehr die gemeinrechtliche Traditionstheorie partikularrechtlich durchbrochen worden ist". Die Durchbrechung der Traditionstheorie bedeutet eine Gefahr für den Verkäufer. Gegen diese Gefahr gewährt ihm das Verfolgungsrecht einen Schutz; denn es erscheint unbillig, daß Ausnahmesätze eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, die nur zugunsten des Käufers gegeben sind, im gegebenen Falle für den Verkäufer schädigend wirken.

Eine andere Beurteilung wie nach deutschem Recht verdienen die Traditionspapiere und demgemäß auch das right of stoppage in transitu freilich im Rahmen des englischen Rechts, wenngleich dieses gerade in diesen Materien für das deutsche Recht vorbildlich war (vgl. oben § 3)[2]). Außer durch Tradition (livery of seisin) wird Eigentum an Mobilien nach englischem Recht allgemein auch erworben durch Aushändigung einer gesiegelten Urkunde (deed) wie auch durch einfachen Kaufvertrag (sale). Der Eigentumserwerb durch Konnossement stellt sich dar als ein Fall des Erwerbs durch körperliche Tradition[3]). Bei dieser grundsätzlichen Regelung des Eigentumserwerbs an Mobilien ist das right of stoppage in transitu ein Glied in der Reihe

[1]) Eisenlohr, Über die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts S. 44.

[2]) Heymann a. a. O. S. 203.

[3]) Heymann, Überblick über das englische Privatrecht. Enz. S. 824.

von Maßregeln, die die Unzuträglichkeiten jener Regelung mildern oder beseitigen sollen (statute of fraud von 1677). Es verliert somit den Charakter eines Ausnahmesatzes, der ihm nach dem deutschen Rechtssystem innewohnt[1]).

Daß das Verfolgungsrecht auch dann begründet ist, wenn rechtliche und tatsächliche Tradition erst nach Konkurseröffnung erfolgen, ist um so mehr erklärlich. In § 1 KO. ist der allgemeine Grundsatz ausgedrückt, daß die Konkursmasse gebildet wird durch das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. Nach Kohler[2]) trifft das Beschlagsrecht „das gegenwärtige Vermögen in dem rechtlichen Zustande, in welchem es sich zur Zeit der Konkurseröffnung befindet". Bei einem dem Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung noch nicht übereigneten Kaufgegenstande ist zunächst nur ein Anspruch auf Leistung der Ware vorhanden. Diese Leistung kann, da Gegenleistung noch nicht erfolgt ist, nur erzwungen werden durch eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug (BGB. § 322, ZPO. § 765). Nach dem grundsätzlichen Maßstab, den § 1 KO. für die Masse gibt, gehört zu ihr nur ein Anspruch, dessen Geltendmachung dieser Einschränkung unterliegt. Erfolgt nach Konkurseröffnung noch vorbehaltlose Leistung, so erscheint das als ungerechtfertigte Bereicherung der Masse. Diese Auffassung bringt auch Wolff zum Ausdruck: denn nach ihm wird die Ware „nicht vindiziert, sondern ausnahmsweise kondiziert"[3]). Jedenfalls wird aus Billigkeitsrücksichten einem Gläubiger, der bei Konkurseröffnung noch nicht in den Konkurs verstrickt war, das Verfolgungsrecht gewährt. Als Zweck des Verfolgungsrechts ließe sich vielleicht kurz bezeichnen: Be-

[1]) Vgl. für das englische Recht die bei Heymann a. a. O. S. 224 zitierte Literatur.

Da dem Verfasser die englische Literatur nicht zugänglich war, ist ein näheres Eingehen auf das englische Recht leider nicht möglich.

[2]) Kohler, Lehrbuch S. 115.

[3]) Wolff, Konkursordnung S. 166.

seitigung einer Läsion des Verkäufers, die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht gerechtfertigt erscheint.

§ 12.

Das Ziel des in § 44 KO. gegebenen Rechts.

Der im vorigen Paragraphen angegebene Zweck des Verfolgungsrechts gilt auch für das in § 44 KO. gegebene Recht. Das Ziel des § 44 KO. wird also darauf gerichtet sein, jenen Zweck zu erreichen. Dieses Ziel ist ausgedrückt in den Worten: „Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waren . . . zurückfordern.“ Es wäre möglich, daß sich dieses Rückforderungsrecht allein auf Wiedererlangung des Besitzes erstreckte. Hat beispielsweise der Verkäufer dem Transporteur die Ware übergeben, ohne dem Käufer durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach BGB. § 931 oder durch Übergabe eines Transportpapiers Eigentum übertragen zu haben, so kann er sowohl nach BGB. § 985 als auch auf Grund des Transportvertrages nach BGB. § 631, 649 die Herausgabe der Sache vom Transporteur verlangen, wenn dieser sie dem Empfänger noch nicht abgeliefert hat. Die Anwendung dieser Rechtsmittel kann zwar auch aus dem Grunde geschehen, sich vor Schaden zu bewahren Doch ändert sich dadurch nicht ihre rechtliche Natur. Der Rechtsgrund für das Verfolgungsrecht, eine Läsion des Verkäufers, beruhend auf dem oben als Voraussetzung angenommenen Eigentumsverlust, liegt noch nicht vor, das Recht kann konsequenterweise also noch nicht angewendet werden. Das Recht ist auch ganz entbehrlich, da dem Verkäufer noch andere Hilfsmittel zu seinem Schutze zur Seite stehen, die wirksamer sind als das Verfolgungsrecht. Erst wenn das Eigentum übergegangen ist, tritt das Verfolgungsrecht in Wirksamkeit. Es geht aber in dem Falle nicht auf Wiedererlangung des Besitzes; denn damit ist dem Interesse des Verkäufers allein noch nicht gedient. Das Verfolgungsrecht ist ihm vielmehr dazu gegeben, seinen Rechtsverlust auszugleichen, das verlorene Eigentum wiederzuerlangen. Dementsprechend gibt § 44 KO. ein Rück-

forderungsrecht und nicht einen Herausgabeanspruch. Das Recht richtet sich vorerst gegen denjenigen, an den das Eigentum übergegangen ist, also gegen den Käufer. Wie weit es geeignet ist, sein Ziel zu erreichen, hängt im einzelnen davon ab, welcher rechtlichen Natur es ist und welche Wirkung ihm zukommt.

§ 13.

Wann und wodurch entsteht das im § 44 KO. gegebene Recht?

Ehe des Näheren auf die Frage nach der rechtlichen Natur des Verfolgungsrechts eingegangen wird, soll noch kurz erörtert werden, wann und wodurch das Recht entsteht.

„Das Verfolgungsrecht besteht, wenn seine Voraussetzungen gegeben sind, es besteht dann im Augenblicke der Konkurseröffnung [1])." Es dürfte wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß das Verfolgungsrecht vor der Konkurseröffnung noch nicht bestehen kann. Erst mit der Eröffnung des Verfahrens wird der Verkäufer der Gefahr ausgesetzt, sich mit der Konkursdividende begnügen zu müssen. Die Voraussetzung, daß die Ware zur Zeit der Konkurseröffnung sich „in transitu" befindet, kann vorher nicht bestehen, das Verfolgungsrecht vorher also auch nie begründet sein.

Schließt man sich der Ansicht an, daß das Verfolgungsrecht entsteht, wenn seine Voraussetzungen gegeben sind, so wird man im allgemeinen wohl die Konkurseröffnung als Zeitpunkt der Entstehung des Rechts ansehen können. Da jedoch oben Eigentumserwerb durch den Käufer grundsätzlich als Voraussetzung des Rechts angesehen worden ist, so kann das Recht nach dieser Auffassung zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens nur bestehen, wenn außer dem Vorhandensein der anderen Voraussetzungen auch das Eigentum bereits auf den Gemeinschuldner übergegangen ist. Ist das nicht der Fall, so kann hiernach das Recht

[1]) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch S. 1731 Anm. 112.

nicht eher entstehen, bis auch diese Voraussetzung erfüllt ist, also erst mit dem Zeitpunkte, in welchem der Gemeinschuldner oder der Verwalter für ihn das Eigentum erworben hat.

Im Gegensatz zu der herrschenden Meinung, die das Verfolgungsrecht entstehen läßt, wenn seine Voraussetzungen gegeben sind, meist also zur Zeit der Konkurseröffnung, existiert es nach Ötker [1]) „niemals schon zur Zeit der Konkurseröffnung". Es entsteht nach ihm vielmehr durch eine „Erklärung an den Verwalter (Gemeinschuldner), das Verfolgungsrecht haben zu wollen" [2]). Ötker geht zwar nicht so weit wie Örtmann [3]), zu behaupten, „die Zubilligung eines Rechts wäre nichts als eine Farce, solange weder die Entstehung, noch die Aufhebung desselben vom Willen des Berechtigten abhängt". Da er aber auf dem Standpunkte Thons [4]): „alles Recht besteht in Imperativen" steht, so ergibt sich auch für ihn die Notwendigkeit, das subjektive Recht als den Befehl eines Subjekts nur von dem Willen einer Person ausgehen zu lassen.

Vielleicht könnte auch die Auffassung: — das Verfolgungsrecht ist eine obligatio — dazu führen, es durch einen Willensakt entstehen zu lassen; denn Entstehung und Inhalt des Schuldverhältnisses hängen regelmäßig vom Parteiwillen ab. Da aber ausnahmsweise die Obligationen auch obligationes ex lege sein können, so liegt kein Hindernis vor, diese Obligation als unmittelbar auf dem Gesetz beruhend in dem Augenblicke entstehen zu lassen, in welchem ihre gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, d. h. also, wie oben bereits hervorgehoben ist, zur Zeit der Konkurseröffnung oder erst mit dem nachträglich erfolgenden Eigentumserwerb durch den Gemeinschuldner. Seiner Entstehung nach ist die obligatio ex lege also insofern

---

[1]) Ötker, Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 25 S. 26.

[2]) Ötker, Verfolgungsrecht S. 47.

[3]) Örtmann, Jahrbücher für Dogmatik Bd. 31 S. 442.

[4]) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 69.

absolut, als sie vom Parteiwillen unabhängig entsteht, wie sie ja auch in ihrem Inhalte meist dem Parteiwillen nicht unterliegt.

4. Abschnitt.

Die rechtliche Natur des im § 44 KO. gegebenen Rechts.

I. Das Verfolgungsrecht — ein dingliches Recht?

§ 14.

Das Verfolgungsrecht ist kein dingliches Recht.

Den stärksten Schutz würde das Verfolgungsrecht dann gewähren, wenn es ein dingliches Recht wäre. Die Auffassung, das Recht des § 44 KO. sei dinglicher Natur, wird neben Stieglitz (Konkursordnung für das Deutsche Reich S. 212 ff.) besonders durch Staub vertreten. Zur Begründung seiner Ansicht führt er an: „Es ist nach unserer Auffassung ein dingliches Recht. Es ergreift die Sache, und das wird dadurch bewiesen, daß es gegenüber jedem Dritten wirkt, soweit dieser nicht nach den Regeln zum Schutze redlichen Erwerbes das Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht an der Sache erworben hat[1]." Hierbei taucht also die Frage auf nach dem Wesen des dinglichen und des obligatorischen Rechts. Da Staub daraus, daß das Recht gegenüber jedem Dritten wirke, auf die dingliche Natur des Rechts schließt, so stellt er sich hier auf den Standpunkt: „Dinglichkeit ist Absolutheit"[2] oder Dinglichkeit ist „Allgemeinheit des Klageschutzes". Im Gegensatze dazu sieht die herrschende Lehre das Wesen der Dinglichkeit in einem unmittelbaren Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache. „Dingliche Rechte können

[1]) Staub, a. a. O. S. 1728. Anm. 100.

[2]) Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, S. 17, ebenso Örtmann, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 31, S. 461.

nur stattfinden an körperlichen Gegenständen[1]).“ Ohne auf diese Streitfragen näher einzugehen, läßt sich doch so viel sagen, daß dem dinglichen Rechte (im Sinne der herrschenden Lehre) auch absolute Wirkung zukommt. Die Erörterung kann sich also darauf beschränken, ob das Verfolgungsrecht als dingliches Recht nach der herrschenden Lehre anzusehen ist, oder, wenn das nicht der Fall ist, ob es als absolutes Recht bezeichnet werden kann.

Immerhin bleibt es ein gewisser Mangel an Folgerichtigkeit, die Frage nach der rechtlichen Natur des Verfolgungsrechtes entscheiden zu wollen, ohne zuvor die Frage nach dem Wesen des dinglichen und obligatorischen Rechtes gelöst zu haben. Doch würde, wie bereits erwähnt ist, eine nähere Erörterung dieser Frage weit über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausführen. Da aber jene Begriffe wenigstens in ihren Hauptformen unbestritten feststehen, so ist im Anschluß daran eine Lösung der dieser Arbeit zugrunde gelegten Aufgabe auch mit Umgehung jener grundlegenden Frage möglich. Nicht zu vermeiden ist dabei freilich eine gewisse Schwerfälligkeit und Kasuistik in der Darstellung, da die Frage von den verschiedenen möglichen Gesichtspunkten aus erörtert werden muß. Auch bietet die Verschiedenheit römischer und deutscher Rechtsauffassung nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Diese Art der Behandlung bringt es schließlich auch mit sich, daß zunächst geprüft werden muß, ob das Verfolgungsrecht in einem der bekannten dinglichen oder obligatorischen Rechte aufgeht, und daß des weiteren erst erörtert wird, ob es ein selbständiges Recht ist.

Als ein die Sache belastendes Recht, sei es ein Recht an eigener oder fremder Sache, kann das Verfolgungsrecht nicht charakterisiert werden; es kann insonderheit keinem der im Bürgerlichen Gesetzbuch behandelten dinglichen Rechte untergeordnet werden. Als die dingliche Wirkung der Dispositionspapiere noch bestritten war, lag die Möglichkeit nahe, die dingliche Natur des Verfolgungsrechts

[1]) Motive zum BGB., Bd. 3 S. 2.

auf das beim Verkäufer noch verbliebene Eigentum zurückzuführen[1]). Seitdem die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere gesetzlich festgestellt ist (HGB. § 424, 450 und 647), findet das Verfolgungsrecht aber zweifellos in Fällen Anwendung, in denen der Käufer schon Eigentum an der Ware erworben hat und findet für den Fall gerade seine Hauptanwendung — nach der hier vertretenen Ansicht sogar seine einzige Anwendung. Da der Verkäufer in der Mehrzahl der Fälle bei Konkurseröffnung kein Eigentum mehr hat, kann er das Verfolgungsrecht auch nicht auf sein Eigentum gründen. Daß es aber in einer beschränkten Zahl von Fällen auch Anwendung finden soll, wenn der Verkäufer noch Eigentümer ist, kann wohl dazu führen, es für diese Fälle als Ausfluß des Eigentums anzusehen. Doch darf dieser Umstand nicht als hinreichend gelten, um auch in allen den Fällen dingliche Wirkung anzunehmen, wo die Voraussetzungen für ein dingliches Recht nicht mehr gegeben sind. Kämen für die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts keine anderen Gründe in Betracht, so könnte man daraus höchstens folgern, daß es zwei Arten von Verfolgungsrechten, ein dingliches und ein obligatorisches, gäbe. Da aber nach der hier vertretenen Auffassung das Verfolgungsrecht des § 44 KO. nur dann als begründet angesehen wird, wenn das Eigentum an der Ware auf den Käufer übergegangen ist, so kann hiernach die Möglichkeit, es als eine dem Eigentum entspringende Befugnis anzusehen, gar nicht in Frage kommen.

So wenig sich mithin das Verfolgungsrecht auf das Eigentum zurückführen läßt, ebensowenig gliedert es sich auch einem der übrigen im BGB. behandelten dinglichen Rechte ein. Da das Recht dem Verkäufer gegeben ist, um ihn gegen einen Ausfall seiner Kaufgeldforderung zu schützen, ist es zwar in seinen Zwecken mit dem Pfandrecht verwandt; doch fehlen ihm die wesentlichen Merkmale des Pfandrechts an beweglichen Sachen, z. B. der

[1]) Vgl. Eisenlohr a. a. O. S. 36

Besitz des Verkäufers. Die Hypothek aber, das Pfandrecht an Grundstücken, kann nicht in Frage kommen, da sich das Verfolgungsrecht nur auf bewegliche Sachen erstreckt. Den übrigen im Gesetzbuche behandelten dinglichen Rechten ist es weder dem Zweck, noch der Form nach verwandt.

Da das Verfolgungsrecht unter kein anderes dingliches Recht fällt, bleibt noch die Frage offen, ob es ein selbständiges Herrschaftsrecht an einer Sache ist. Vom Standpunkte des römischen Rechts wäre diese Frage zu verneinen; denn außer dem Eigentum, dem Inbegriff aller Rechte an eigener Sache, kennt das römische Recht nur einen numerus clausus dinglicher Rechte an fremder Sache. Wie aber bereits erörtert ist, läßt sich das Verfolgungsrecht weder dem Eigentum, noch den iura in re aliena unterordnen.

Nach deutscher Rechtsauffassung dagegen gibt es keinen numerus clausus dinglicher Rechte. Auch kennt das germanische Recht keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen dem Eigentum und den Rechten an fremder Sache. Das deutsche Recht geht vielmehr für alle Sachenrechte von dem Oberbegriff der gewere aus und unterscheidet, je nach dem Rechtstitel, auf Grund dessen jemand eine Sache in der Gewere, d. h. im Nutzbesitz hat, zahlreiche Arten der Gewere. Die eigenliche Gewere, das Eigentum, ist auch nur eine Unterart der Gewere an sich. Außer dem Eigentum gibt es nach deutschem Recht auch noch andere dingliche Rechte an eigener Sache. Nach deutscher Rechtsauffassung könnte sich das Verfolgungsrecht also als ein selbständiges dingliches Recht darstellen, das sowohl an eigener wie an fremder Sache bestehen kann. Die Frage danach, ob der Verkäufer oder der Käufer das Eigentum an der Ware hat, ist also hiernach für das Wesen des Rechts gleichgültig. Um als ein derartiges selbständiges dingliches Recht aufgefaßt werden zu können, müßte das Verfolgungsrecht auch den Charakter eines solchen Rechtes haben, es müßte sich als eine Unterart der Gewere kennzeichnen. Zum Wesen der Gewere gehört aber vornehmlich die Haupterscheinungsform dinglicher Rechte, der Be-

sitz. Die wenigen Ausnahmefälle der sogenannten ideellen Gewere, bei der Besitz nicht vorausgesetzt wird, ändern nichts an der allgemeinen Regel. Besitz aber gerade fehlt dem Verfolgungsberechtigten. Auch kann als Eigentümlichkeit derartiger dinglicher Rechte wohl das Moment einer längerdauernden Ausübungsmöglichkeit gelten; während die Geltendmachung des Verfolgungsrechts zeitlich sehr begrenzt ist, und sich durch eine einmalige Ausübung das Recht erschöpft. Als Herrschaftsrecht an einer Sache läßt sich das Verfolgungsrecht daher nicht charakterisieren. Damit ist aber noch nicht ausgeschlossen, daß es ein absolutes Recht sein kann. Nun ist aber bereits oben erwähnt, daß das Verfolgungsrecht, sofern es sich als obligatio ex lege darstellt, insofern absolut ist, als es nach Entstehung und Inhalt vom Parteiwillen unabhängig ist. Aus seiner absoluten Entstehung darf aber nicht auf seine absolute Wirkung geschlossen werden. Das Wesen und die Kraft eines absoluten Rechts, z. B. des Urheberrechts, liegt eben darin, daß es dem Berechtigten eine Reihe Befugnisse gewährt, die ihm die ausschließliche ungestörte Ausübung seines Rechtes ermöglichen. Aus unberechtigten Eingriffen dritter Personen entstehen für den Berechtigten je nach der Art der Störung verschiedenartige Ansprüche, deren Zahl beliebig groß sein kann. Anders beim Verfolgungsrecht. Dieses erschöpft sich in einem einzigen Anspruche bestimmten Inhalts. Es wirkt auch nur relativ. Die durch den Kaufvertrag in Beziehung getretenen Personen bleiben dieselben für das Verfolgungsrecht. Als ein Rückübertragung des Eigentums bezweckendes Recht richtet es sich in erster Linie gegen die Person, die die Möglichkeit und die Pflicht zur Rückübertragung hat, gegen den Gemeinschuldner oder an seiner Stelle gegen den Konkursverwalter.

Ob es auch gegen Dritte durchzudringen imstande ist, wird unten noch näher erörtert. Es sei hier nur erwähnt, daß diese Wirksamkeit gegen Dritte in doppelter Weise möglich sein kann. Entweder kann der Verfolgungs-

berechtigte die Ware bei dem Dritten vindizieren, oder aber er kann sie ihm nur gegen Erstattung des von dem Dritten gezahlten Kaufpreises abverlangen. Im ersten Falle wäre das Verfolgungsrecht dem deutschrechtlichen Revokationsrecht vergleichbar, und sein dinglicher Charakter wäre unzweifelhaft, im zweiten Falle gliche es dem Retrakt- oder Näherrecht. Dessen dingliche Natur ist zwar bestritten, doch ist es insofern ein absolutes Recht, als es jedem Käufer gegenüber geltend gemacht werden kann. Zwar kannte das deutsche Recht das Revokationsrecht und das Retraktrecht nur bei Immobilien und gewährte diese Rechte nur unter gewissen Voraussetzungen; doch könnte das Verfolgungsrecht seiner rechtlichen Natur und seiner Wirksamkeit nach sehr wohl mit diesen Rechten verglichen werden. Die dingliche Wirkung, wie sie dem Revokationsrecht eigen ist, darf wohl schon nach dem Wortlaut des § 44 KO. als nicht begründet gelten; denn es ist darin keineswegs ausgedrückt, daß die vorherige Eigentumsübertragung eo ipso annuliert sein solle. Auch dafür, daß das Verfolgungsrecht eine dem Retraktrecht ähnliche Wirkung hat, bietet § 44 KO. keinen Anhalt. In den wenigsten Fällen wäre wohl auch mit einer derartigen Befugnis dem Interesse des Verfolgungsberechtigten gedient.

Vom Standpunkte des gemeinen Rechts wäre eine Wirksamkeit des Verfolgungsrechts gegen Dritte noch denkbar, wenn es sich als actio in rem scripta erweisen ließe. Doch abgesehen davon, daß es auch nach gemeinem Recht schwierig gewesen wäre, diese Auffassung zu begründen, kommt sie für das heutige Recht nicht mehr in Betracht. Auch das Recht zur Sache des preußischen Rechts, an das sich denken ließe, ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht aufgenommen.

Staub führt zur Begründung der absoluten Wirkung des Rechts weiter an: „Gegen den, der sich widerrechtlich den Besitz der Sache aneignet oder der die Sache sonst besitzt ohne dingliches Recht (z. B. Leiher, Mieter, Retentionsberechtigte), gegen den dringt das Verfolgungsrecht

durch[1]).“ Ein Durchdringen des Verfolgungsrechtes diesen Personen gegenüber muß aber zweifelhaft erscheinen. Da jedoch der Verfolgungsberechtigte das verlorene Eigentum vom Gemeinschuldner oder Verwalter durch Abtretung des Herausgabeanspruchs wiedererlangen kann, so kann er nunmehr diesen Personen gegenüber auf Grund seines wiedererlangten Eigentums durchdringen. Da also mittelbar das Verfolgungsrecht stets zur Wirkung gegen dritte persönlich Berechtigte führen kann, ist auch diese Möglichkeit bei den von Staub angeführten Beispielen zu erwägen, so daß dadurch der Beweis für eine unmittelbare Wirksamkeit nicht als erbracht gelten kann. Besonderes Gewicht legt Staub darauf, daß das Verfolgungsrecht dem Retentionsrecht gegenüber durchdringt. Das Zurückbehaltungsrecht, sowohl das des BGB. § 273 als auch das des HGB. § 369[2]), ist ein obligatorisches Recht und kann daher grundsätzlich dem Eigentum gegenüber nicht standhalten. Nach § 369 Abs. 2 HGB. besteht das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht einem Dritten gegenüber aber insoweit, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können. Also kann der Retentionsberechtigte auch demjenigen, dem durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe (BGB. § 931) das Eigentum übertragen worden ist, die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen (BGB. § 986). Versagt nun das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dem auf Grund des Verfolgungsrechts wiedererlangten Eigentum des Verkäufers gegenüber oder, kurz gesagt, dem Verfolgungsrecht gegenüber, so müßte diesem von vornherein ein dinglicher Charakter beigemessen werden, wollte man diese Tatsache aus dem Verfolgungsrecht heraus erklären. Man müßte es also mit Staub als absolutes Recht ansehen oder als eine obligatio mit Wirkung ex tunc, d. h. als eine obligatio, die nicht Rückgängigmachung des

[1]) Staub, a. a. O. Anm. 100 S. 1728.

[2]) Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht, S. 192.

Eigentumsüberganges bezweckt, sondern Reszission des Eigentumsüberganges bewirkt. Gegen diese Auffassungen von der Natur des Rechts sprechen aber, wie bereits oben für die absolute Wirkung dargetan ist und unten für die Auffassung einer obligatio mit Wirkung ex tunc gezeigt werden wird, mancherlei Gründe, so daß es übereilt sein möchte, um eines Grundes willen die Gegengründe außer acht zu lassen.

Auch ließe sich die Wirkung des Verfolgungsrechts gegenüber dem Retentionsrecht vielleicht weniger aus der Natur des Verfolgungsrechts als vielmehr aus einem Mangel, der dem Zurückbehaltungsrecht dem Verfolgungsrecht gegenüber eigen ist, erklären. Der Spediteur oder Transporteur, von dem dieses Recht dem Gemeinschuldner gegenüber geltend gemacht wird, wird sein Zurückbehaltungsrecht vielfach darauf gründen, daß das Eigentum an der Ware auf den Empfänger bereits übergegangen sei, und daß er eine Forderung gegen den Empfänger habe[1]). Für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des § 369 HGB. ist Voraussetzung, daß der Gegenstand der Zurückbehaltung mit Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gekommen sein muß. Es könnte hieraus vielleicht geschlossen werden, daß das Handelsgeschäft zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossen sein müsse. Doch ist dieser Schluß nicht richtig. „Darüber, daß das Handelsgeschäft nicht ein beiderseitiges zu sein, auch nicht zwischen den Parteien geschlossen zu sein braucht, herrscht jetzt kein Streit mehr[2])." Das Zurückbehaltungsrecht wird also dadurch nicht beeinträchtigt, daß der Gläubiger — der Spediteur — die Ware nicht auf Grund eines mit dem Schuldner — dem Empfänger — geschlossenen Handelsgeschäfts in Besitz bekommen hat, sondern auf Grund eines mit einem Dritten — dem Absender — abgeschlossenen Handelsgeschäfts.

[1]) So schon in den Fällen, die behandelt sind im Neuen Archiv für Handelsrecht, Bd. 3 S. 258 ff. und Bd. 4 S. 388 ff.

[2]) Schlegelberger, a. a. O. S. 206.

Auch daran, daß mit Willen des Schuldners die Ware in den Besitz des Zurückbehaltenden gelangt ist, wird regelmäßig nicht gezweifelt werden können.

Obgleich aber das Retentionsrecht des Transporteurs dem Empfänger gegenüber begründet sein kann, läßt es sich möglicherweise beim Dazwischentreten des Absenders diesem gegenüber doch als mangelhaft bezeichnen. Hat der Absender durch Transportpapiere dem Empfänger auch bereits das Eigentum und die Verfügungsbefugnis an der abgesandten Ware übertragen, so hat in gewisser Hinsicht die Transportperson doch auch ihm gegenüber noch die Pflicht zur Ausführung des Transports (BGB. § 631). Liegt die Beendigung des Transports im Interesse des Absenders, so kann er, mag er auch seinerseits alles zur Erfüllung Notwendige bereits getan und dem Empfänger gegenüber keine Pflicht mehr dazu haben, diese Beendigung vom Transporteur verlangen. Dessen Zurückhaltungsrecht kann nach dieser Ansicht infolge entgegenstehender Rechte des Absenders dem Empfänger gegenüber nicht durchgesetzt werden, wird also gänzlich ausgeschaltet, tritt aber nicht nur hinter das Verfolgungsrecht des Verkäufers zurück. Die Tatsache, daß obiges Recht versagt, ließe sich somit wohl auch erklären, ohne daß man daraus auf das Wesen des Verfolgungsrechts zu schließen braucht.

Die angeführten Gründe dafür, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dem Verfolgungsrecht weichen muß, können wenigstens für die praktisch wichtigsten Fälle Geltung beanspruchen, wenn nämlich eine Transportperson das Zurückbehaltungsrecht geltend macht, bevor die Ware dem Gemeinschuldner ausgeliefert worden ist. Es bleibt noch die Frage offen, ob diese Fälle auch die einzigen Fälle sind, in denen das Verfolgungsrecht und das Zurückbehaltungsrecht sich widerstreitend gegenübertreten können. Dabei ist zu prüfen, ob die Möglichkeit vorliegt, daß die Ware vor Beendigung des Transports rechtmäßig in den Besitz anderer als der mit dem Transport beauftragten Personen gelangen kann. Hat der Gemeinschuldner durch

Traditionspapier Eigentum an der Ware erworben, so ist die Verfügung über das Gut während der Reise nur durch Aushändigung des Traditionspapiers an die Transportperson möglich. Geschieht diese Verfügung vor Konkurseröffnung und ist sie gültig, d. h. erfolgt sie insbesondere unter Vorlegung sämtlicher ausgestellter Traditionspapiere, so liegt hierin eine bestimmungsgemäße Beendigung des Transports, also eine rechtsgültige vorzeitige Ablieferung (vgl. oben § 7). Dadurch wird aber das Verfolgungsrecht — wie ja auch das Zurückbehaltungsrecht der Transportperson — gänzlich beendet. Eine Kollision der Rechte für diesen Fall ist also ausgeschlossen. Ist dagegen kein Traditionspapier ausgestellt, so hat während des Transports regelmäßig der Absender noch das Eigentum, und an dessen Ware kann ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer Forderung gegen den Empfänger nicht geltend gemacht werden. Wenn nach Beendigung des Transports die Ware am Bestimmungsort einem Lagerhalter ausgeliefert wird, und zwar vor Konkurseröffnung, so ist damit wohl stets der Fall gegeben, daß die Ware in den Gewahrsam einer anderen Person für den Gemeinschuldner gelangt ist. Da dies vor Konkurseröffnung geschehen ist, entsteht das Verfolgungsrecht des Absenders nicht und kann mithin einem etwaigen kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht gegenüber nicht durchdringen. Nach Konkurseröffnung aber kann der Gemeinschuldner über in seinen Besitz gelangte Waren nicht mehr verfügen und damit durch eine besondere Rechtshandlung ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht begründen (§ 369 HGB.), denn er verliert nach § 6 KO. die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Es kann mithin wohl behauptet werden, daß das Zurückbehaltungsrecht der Transportperson der einzige Fall ist, in dem das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht mit dem Verfolgungsrecht kollidieren kann, und für diesen Fall läßt sich das Versagen des Zurückbehaltungsrechtes nach obigem auch anders als aus der dinglichen Natur

des Verfolgungsrechtes erklären. Wenn Staub behauptet, daß außer dem Zurückbehaltungsrecht des Frachtführers und Spediteurs wegen Forderungen gegen den Destinatär das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht „auch sonst" dem Verfolgungsrechte weiche [1]), so muß diese Behauptung als zu weitgehend angesehen werden, denn ein Zusammentreffen der Rechte ist „sonst" nicht denkbar. In jenen Fällen ist das Durchdringen des Verfolgungsrechts aber auch aus anderen Gründen erklärbar als aus einer angeblichen dinglichen Natur des Verfolgungsrechts.

Der Grund, den Jäger[2]) angibt, HGB. § 369 Abs. 2 könne nicht Anwendung finden, da der Berechtigte einen unmittelbar auf dem Gesetz beruhenden Anspruch, aber keinen vom Empfänger hergeleiteten habe, dürfte allein wohl kaum zur Begründung genügen; denn Jäger stützt sich hierbei wohl weniger auf HGB. § 369 Abs. 2 als vielmehr auf die gleichsam absolute Entstehung des Rechts. Daraus aber schon auf obige Wirkung zu schließen, heißt nichts anderes als das Verfolgungsrecht nicht als ein persönliches, relatives, sondern als ein absolutes Recht anzusehen.

Die Tatsache, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 309 HGB. dem Verfolgungsrecht gegenüber versagt, genügt also nicht, um den Beweis für den dinglichen oder absoluten Charakter des Verfolgungsrechtes zu erbringen. Andererseits läßt sich aber daraus, daß die dinglichen Rechte, besonders das Pfandrecht des Spediteurs (HGB. § 410), des Lagerhalters (§ 421) und des Frachtführers (§§ 440—443), dem Verfolgungsrechte vorgehen, auch nichts für seine obligatorische Natur folgern; denn selbst dingliche Rechte müssen anderen dinglichen Rechten weichen, wenn der Erwerber sie in gutem Glauben erlangt hat. Doch darf der Einwand Staubs[3]), daß das Zurücktreten des Verfolgungsrechtes diesen Rechten gegenüber auch nur auf dem Schutze des guten Glaubens beruhe, wohl kaum als be-

[1]) Staub, a. a. O. Anm. 113 S. 1732.

[2]) Jäger, a. a. O. S. 384 Anm. 29.

[3]) Staub, a. a. O. S. 1350 Anm. 60 zu § 366.

gründet gelten. Während beim Erwerbe anderer gesetzlicher Pfandrechte der gute Glaube nicht das fehlende Eigentum des Verpflichteten ersetzt[1]), genießen ausnahmsweise Spediteur, Frachtführer und Lagerhalter beim Erwerbe ihrer gesetzlichen Pfandrechte den Schutz des guten Glaubens, und zwar gleich insoweit, als sich dieser gute Glaube auf die Verfügungsbefugnis des Veräußerers und Verpfänders bezieht (HGB. § 366 Abs. 3). Gerade in dieser Bestimmung glaubt Staub[2]) die Erklärung zu finden, weshalb das Verfolgungsrecht diesen Rechten gegenüber nicht durchdringt. Staub scheint sonach vorauszusetzen, daß zugunsten des Verfolgungsberechtigten die Verfügungsbefugnis über die Ware beschränkt sei, und daß Kenntnis vom Verfolgungsrecht den guten Glauben der Transportperson ausschließe. Wenigstens in dem zweiten Punkte aber ist diese Voraussetzung irrig. Gerade durch den Verfolgungsberechtigten, der zur Verfügung berechtigt war auf Grund seines ursprünglichen Eigentums und der nach Staub verfügungsberechtigt bleibt auf Grund des Verfolgungsrechts, hat die Transportperson den Besitz der Ware erlangt. Im Regelfalle kann also Kenntnis vom Verfolgungsrecht ihren guten Glauben wegen der Verfügungsbefugnis nicht nehmen, sondern nur stärken. Anderenfalls würde ja der Veräußerer durch das ihm zustehende Verfolgungsrecht in seiner Verfügungsbefugnis über sein Eigentum beschränkt sein. Für die weitaus größte Mehrzahl der Fälle kann sonach der Hinweis auf den guten Glauben der Transportperson zu keinem befriedigenden Resultat und zu keinem bestimmten Schlusse auf die rechtliche Natur des Verfolgungsrechtes führen. Denkbar wäre es freilich auch, daß die Transportperson durch Verfügung eines Dritten in den Besitz der Ware gelangt, und daß sie bösen Glaubens ist. Es liegt alsdann die Möglichkeit offen, daß der Verfolgungsberechtigte

[1]) Staub, a. a. O. S. 1729 Anm. 100.

[2]) Staub, a. a. O. S. 1350 Anm. 60 zu § 366.

Eigentümer der Ware ist, oder daß die Ware inzwischen in das Eigentum einer anderen Person gelangt ist.

Im ersteren Falle dringt der Verfolgungsberechtigte alsdann freilich der Transportperson gegenüber mit seinen Herausgabeansprüchen durch, aber nicht auf Grund seines — nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht übrigens noch nicht bestehenden — Verfolgungsrechts, sondern auf Grund seines Eigentums. Im zweiten Falle könnte freilich der Veräußerer seine Ansprüche auf Grund des ihm etwa zustehenden Verfolgungsrechts unmittelbar gegen die Transportperson durchsetzen, wenn das Verfolgungsrecht ein die Sache belastendes Recht wäre. Da für eine derartige Charakterisierung des Rechts aber, wie bereits erörtert, keinerlei Anhalt gegeben ist, treten die Ansprüche des Verfolgungsberechtigten hinter den Ansprüchen des Eigentümers zurück. Es kann demzufolge nicht der Auffassung Staubs beigetreten werden, daß nur der gute Glaube die Transportperson in ihrem Pfandrechte vor dem Verfolgungsrecht schützt. Auch die Bezugnahme auf den erweiterten Schutz des guten Glaubens nach § 366 HGB. führt zu keinem Ziel. Aus der Tatsache, daß das Verfolgungsrecht dem Pfandrechte des Spediteurs, Frachtführers und Lagerhalters gegenüber nicht durchdringt, läßt sich an sich freilich nichts für die obligatorische Natur des Rechts folgern, doch läßt sich andererseits diese Tatsache auch keineswegs zu irgendwelchen Schlüssen für den dinglichen Charakter des Rechts benutzen.

Zur Unterstützung seiner Ansicht führt Staub[1]) hierbei auch zwei Reichsgerichtsentscheidungen an, in denen das Verfolgungsrecht als dingliches Recht angesehen wird. Es sind dies die Entscheidungen vom 24. Februar 1883 (RG. 8, 80) und vom 18. Oktober 1893 (RG. 32, 20). Die letztere Entscheidung enthält keinerlei Ausführungen über die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts, sondern weist nur zitierend auf die Entscheidungen des Reichsgerichts in

[1]) Staub, a. a. O. S. 1728 Anm. 100.

Zivilsachen, Bd. 8 S. 80, hin. Sie beschäftigt sich lediglich mit der Frage, ob beim Vorliegen der Voraussetzungen für das Verfolgungsrecht der redliche Erwerb eines Pfandrechts dadurch gehindert wird, daß der Pfanderwerber wußte, daß die Ware nicht bar bezahlt, sondern auf Kredit verkauft sei. Die ältere Entscheidung begründet das Durchdringen des Verfolgungsrechtes dem kaufmännischen Retentionsrecht gegenüber. Es wird darin freilich die Ansicht ausgesprochen, daß für den Absender ein in der Regel gegen jeden Inhaber der Ware verfolgbares Recht auf Ausantwortung der Ware an den Absender entstehe, wenn die Voraussetzungen des Verfolgungsrechts vorliegen (S. 84). In der Begründung heißt es aber weiter: „Es ist recht und billig, daß derjenige, welcher Waren unter der gerechtfertigten Voraussetzung, daß er dafür den Gegenwert erhalten werde, im Falle diese Voraussetzung durch die von ihm nicht anzunehmende Zahlungsunfähigkeit des Destinatärs wider Erwarten fortfällt, demjenigen vorgehe, welcher sich an den Waren erholen will wegen solcher zwischen ihm und dem zur Zahlung an den Absender unfähigen Destinatär bestehenden Rechtsverhältnisse, welche nicht das geringste mit demjenigen Rechtsverhältnisse zu tun haben, durch welches er den Gewahrsam der Ware erlangt hat." Diese Erwägungen dürften als die eigentliche Basis der Entscheidung anzusehen sein. Daneben verlieren die Erörterungen über das Wesen des Verfolgungsrechts an Bedeutung. Da es sich um eine ältere Entscheidung aus der Zeit handelt, als in Deutschland noch eine große Rechtsverschiedenheit auch in der Regelung des Eigentumserwerbs herrschte, kann für die veränderten heutigen Rechtsverhältnisse dieser Entscheidung ein besonderer Wert auch im allgemeinen nicht mehr beigelegt werden.

Den letzten, und zwar den Hauptgrund für die Dinglichkeit des Rechts erblickt Staub [1]) darin, daß der Berechtigte „einen Aussonderungsanspruch im Konkurse an

[1]) Staub, a. a. O. Anm. 100 S. 1729.

einem dem Gemeinschuldner gehörigen Gegenstande hat". Doch ist damit allein noch nichts bewiesen, da nach § 43 KO. Aussonderung auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts erfolgen kann. Die Schwierigkeit liegt jedoch darin, daß nach § 43 KO. der Aussonderung nur die dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstände unterliegen. Sieht man das Verfolgungsrecht nicht als dinglich an, so liegt darin allerdings die Anerkennung, daß der mit dem Verfolgungsrecht beanspruchte Gegenstand dem Gemeinschuldner gehört. Mag man die Bestimmung „dem Gemeinschuldner nicht gehörig" noch so weit fassen, ein Gegenstand, der vor Konkurseröffnung in sein Eigentum übergegangen ist und zu dessen Herausgabe er sich nicht verpflichtet hat, wird wohl stets als „ihm gehörig" bezeichnet werden müssen und der Gegenstand also auch zur Sollmasse nach § 1 KO. zu ziehen sein. Mithin erscheint in Frage gestellt, ob das Verfolgungsrecht ein Aussonderungsanspruch ist. Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, ob unter Aussonderung nur Herausgabe eines nicht zur Masse gehörigen Gegenstandes zu verstehen ist, oder ob darunter auch Übereignung eines Massegegenstandes verstanden werden kann. Da die letztere Auffassung auch dem Gemeinschuldner gehörige Gegenstände der Aussonderung unterwirft, also weitergeht, als dem Wesen des im § 43 KO. grundsätzlich bestimmten Aussonderungsrechtes entspricht, andrerseits aber trotz des Verfolgungsrechtes — welcher Natur dieses auch sein mag — die Ware vielfach ohne Zweifel im Eigentum des Gemeinschuldners steht, so ergibt sich für den Regelfall, daß das Verfolgungsrecht seiner Natur nach eigentlich kein Aussonderungsanspruch, sondern eine Masseforderung — allerdings eine vor allen anderen Ansprüchen gegen die Masse besonders bevorzugte und in diesem Sinne auch ausgesonderte Forderung — ist. Dem entspricht auch seine Entstehung im Zeitpunkte der Konkurseröffnung oder erst nach Konkurseröffnung. Da es aber im Gesetz unter dem Titel „Aussonderung" angeführt ist, wird man auch

die Bestimmungen über die Aussonderung darauf anwenden dürfen, zumal diese Bestimmungen auch auf das Verfolgungsrecht ohne weiteres anwendbar sind. Da es jedoch — nach allgemeiner Ansicht wenigstens in der Mehrzahl der Fälle, wenn vor Konkurseröffnung das Eigentum übergegangen ist — dem eigentlichen Wesen des Aussonderungsrechts nach § 43 KO. nicht entspricht, wird daraus wohl kaum ein zwingender Schluß auf seine rechtliche Natur gezogen werden dürfen.

II. Das Verfolgungsrecht — ein obligatorisches Recht.

A. Juristische Konstruktion.

§ 15.

a) Das Verfolgungsrecht ist keine obligatio ex contractu.

Die Verneinung der Frage: ist das Verfolgungsrecht ein dingliches oder absolutes Recht? läßt bereits auf eine Bejahung der weiteren Frage schließen: ist es ein obligatorisches Recht? Die folgenden Erörterungen haben es damit zu tun, welcher Art und Wirkung das obligatorische Verfolgungsrecht ist und zunächst damit, ob es sich unter eins der bestehenden Rechtsverhältnisse einreihen läßt. Für die Beurteilung des Rechts in dieser Hinsicht sind Goldschmidts[1]) Erörterungen maßgebend geworden:

„Die Separationsklage kann mit der Eigentumsklage konkurrieren, ist selber aber niemals Eigentumsklage, wenngleich sie im Gesetze Vindikation genannt wird, stützt sich vielmehr auf die natürliche Billigkeit gegen das strenge Recht. Die Anerkennung dieses Anspruchs erfolgt mittels einer Art restitutio in integrum. Die Klage ist daher eine reszissorische actio Publiciana oder actio venditi."

Weiter führt Goldschmidt an derselben Stelle aus, daß sich die Verfolgungsklage weder auf einen präsumtiven dolus des Käufers noch auf einen angeblich stillschweigenden

[1]) Goldschmidt, Handbuch I, 2 S. 869 und 870.

Eigentumsvorbehalt oder auf ein fortdauerndes Retentionsrecht des Verkäufers stützen lasse.

Die actio Publiciana hat dinglichen Ckarakter und kann daher durch den vorigen Paragraphen als erledigt gelten. Spricht doch Goldschmidt selbst schon von „einer in dieser Anwendung dem gemeinen Rechte fremden actio publiciana rescissoria“ [1]). Einmal ist damit zugegeben, daß diese Charakterisierung nur als eine Art Notbehelf anzusehen ist, andrerseits erhellt daraus, daß der Einreihung des Verfolgungsrechts in das Rechtssystem nicht unerhebliche Schwierigkeiten entgegenstehen.

Dagegen könnte bei oberflächlicher Anschauung die Bezeichnung als actio venditi eher als gerechtfertigt gelten. Daß dem Verfolgungsrecht stets ein Kaufvertrag oder eine Einkaufskommission vorangeht, und daß dieser Vertrag auch zu den Voraussetzungen des Rechts zu rechnen ist, ist oben § 4 bereits behandelt. Auch ist das Verfolgungsrecht mit jenem Vertrage derart verbunden, daß es nur gegeben sein kann, solange jener Vertrag noch nicht sein Ende erreicht hat. Doch bleibt das Verfolgungsrecht dasselbe, mag es auf einem Kaufvertrage oder auf einer Einkaufskommission beruhen. Da der Klagegrund weder im Kaufvertrage, noch im Kommissionsvertrage zu finden sein dürfte, wird die Bezeichnung actio venditi oder actio mandati contraria dem Wesen des Rechts in keiner Weise gerecht. Die Voraussetzungen des Verfolgungsrechts sind eine Reihe gesetzlich genau bestimmter Momente, die bei der Erfüllung des Kaufvertrages durch den Verkäufer, bei dem dinglichen Vertrage, hervortreten können, sind aber ganz unabhängig von einer wirklichen oder vermuteten Willensmeinung der Parteien. Daß auch die Wirkung des Verfolgungsrechts den obligatorischen Vertrag unberührt läßt sei hier bereits hervorgehoben [2]). Eine derartige Wirkung

[1]) Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 8 S. 304.

[2]) Andrer Ansicht wohl nur Jäger, der aus der Entstehungsgeschichte des § 44 KO. auch auf Auflösung des obligatorischen Vertrages schließen zu müssen glaubt; a. a. O. S. 377.

liegt nicht im Sinne und Wortlaut des Gesetzes. Auch heben die Motive und Protokolle zur Konkursordnung[1]) ausdrücklich hervor, daß das Verfolgungsrecht dem englischen right of stoppage in transitu nachgebildet sei, also nur den Eigentumsübergang rückgängig machen und den aufgegebenen Besitz wiederverschaffen wolle, daß aber das französische droit de suite, das eine Auflösung des Kaufvertrages in sich schließe, nicht adoptiert sei. Ein obligatorisches Rücktrittsrecht nach BGB. § 346 ff. ist es daher nicht. Wenn nun der Verkäufer, der das Verfolgungsrecht geltend macht, sich nicht auf ein Rücktrittsrecht, sondern allein auf den Kaufvertrag beruft, so müßte der Käufer vertraglich nicht nur zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet sein, sondern ohne weiteres auch die Pflicht haben können, die gekauften Sachen zurückzugeben. Eine derartige Pflicht folgt aber nicht aus dem Wesen des Kaufvertrages.

Der Standpunkt, die Verfolgungsklage sei eine Klage aus dem Kaufvertrage, ist vertreten worden von Fuchs[2]), der in Anlehnung an Goldschmidt das Verfolgungsrecht als eine reszissorische actio Publiciana oder venditi bezeichnet. Ferner ist auch nach Wengler[3]) das Recht „eine der actio Pauliana verwandte reszissorische actio venditi". Die Verwandtschaft mit der actio Pauliana kann jedoch nur darin bestehen, daß man das Verfolgungsrecht als eine Art Anfechtung ansehen könnte, die für den Fall des Konkurses gegeben ist, doch bestehen im einzelnen nach Voraussetzung und Wirkung zwischen der Konkurspauliana und dem Verfolgungsrecht grundsätzliche Unterschiede. Auch der Deliktspauliana kann das Verfolgungsrecht nicht vergleichbar sein; denn es richtet sich gegen den Käufer, ohne irgendwie dolus bei ihm vorauszusetzen. Als hervorragendster Vertreter der Ansicht, das Verfolgungsrecht sei eine actio venditi, ist noch zu nennen Kohler. In seinem Lehrbuche

[1]) Hahn, Motive S. 167 und 168, Protokolle S. 541 (33).
[2]) Fuchs, Der deutsche Konkursprozeß S. 58.
[3]) Wengler, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich S. 271.

des Konkursrechts[1]) und schärfer noch im Leitfaden des Konkursrechts[2]) wird das Verfolgungsrecht als actio venditi oder mandati bezeichnet. Aus den oben angegebenen Gründen kann diese Auffassung für das deutsche Recht jedoch nicht geteilt werden[3]).

§ 16.

b) Das Verfolgungsrecht ist eine obligatio ex lege KO. § 44.

Da sich, wie im vorigen Paragraphen bewiesen, das Verfolgungsrecht nicht ohne Zwang in das allgemeine Rechtssystem einreihen läßt, so muß es als ein Recht eigener Art gelten, und zwar hat es die Bedeutung eines singulären Rechtssatzes. Die Definition § 16 D. 1, 3:

> ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est

stimmt auch für das Verfolgungsrecht. Die Verfolgungsklage ist ausschließlich eine Klage aus KO. § 44; das Recht selbst also eine obligatio ex lege KO. § 44. Diese Auffassung ist in der Literatur vorherrschend. Als Vertreter der Ansicht ist zunächst Kowalzig[4]) anzuführen: „Vindizieren kann nur der, welcher Eigentümer noch ist, während der Verfolgungsberechtigte in allen hier interessierenden Fällen sein Eigentum verloren hat und mittels der auf einer obligatio ex lege fußenden Verfolgungsklage sein verlorenes Eigentum wiederzuerlangen strebt.“ Förster-Eccius[5]) lehnt sich bei seiner Beurteilung des Rechts an die Auffassung von Kowalzig an: „Über die rechtliche Natur dieses Aus-

[1]) Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts S. 175.

[2]) Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts S. 115.

[3]) Ein näheres Eingehen auf das Wesen des Verfolgungsrechts nach fremdem, insbesondere englischem Recht, ist dem Verfasser leider nicht möglich gewesen, da ihm genügende Literatur hierüber nicht zugänglich war.

[4]) Kowalzig, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch zu Art. 313a S. 391.

[5]) Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht I § 118 S. 804 Anm. 3.

sonderungsfalles besteht große Verschiedenheit der Ansichten. Als Schöpfung des positiven Rechts muß es mit Kowalzig zu Art. 313 HGB. unter den Gesichtspunkt einer obligatio ex lege gebracht werden." Auch nach Ötker[1]) ist das Recht eine obligatio ex lege. Er gelangt zu dem Resultat dadurch, daß er in Befolgung der Lehre Thons eine Reihe sich ablösender Imperative konstruiert. Für die vorliegende Arbeit ist jedoch von Bedeutung, daß er sich an dieser Stelle gegen Eisenlohrs Auffassung, das Verfolgungsrecht setze Verlust des Eigentums beim Berechtigten voraus, wendet. Wenn Ötker schließlich meint, bei der Klagebegründung könne die Eigentumsfrage völlig unterdrückt werden, so ist das für ihn, der einen Unterschied der Verfolgungsklage dem Verwalter gegenüber und dem Gemeinschuldner gegenüber macht, ersterem gegenüber richtig. Der Berechtigte hat gegen den Konkursverwalter nach Ötker nur einen Anspruch auf Aussonderung, d. i. nach ihm: „Besitzaufgabe seitens des Verwalters"[2]). Eine Erfüllung des im Verfolgungsrechte gewährten Begehrens steht diesem danach nicht zu. Da dieser Begriff der Aussonderung aber keineswegs anerkannt ist, darf wohl die Auffassung als berechtigt angesehen werden, daß sich das Verfolgungsrecht in vollem Umfange auch gegen den Verwalter richtet. Es wird sich sogar regelmäßig gegen ihn richten müssen, da er nach KO. § 6 Abs. 2 das Verfügungsrecht über das Konkursvermögen des Gemeinschuldners hat, und da, wie oben dargelegt, die verfolgte Ware zu dessen Vermögen gehörig anzusehen ist. Er handelt beim Verfolgungsrecht an Stelle des Gemeinschuldners, ohne daß damit aber die Meinung ausgedrückt sein soll, er sei Vertreter oder Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners. Nach dieser Auffassung kann aber ebensowenig wie dem Gemeinschuldner gegenüber dem Verwalter gegenüber die Frage nach dem Eigentum unterdrückt werden. Nach der Eigentumsfrage bestimmt sich die verschiedene Pflicht des Ver-

[1]) Ötker a. a. O. S. 54 ff.
[2]) Ötker a. a. O. S. 87.

walters entweder nur auf Rückgabe der Ware oder auch auf Rückübertragung des Eigentums an der Ware. Nur der letztere Fall bedeutet, wie schon mehrfach hervorgehoben, nach Auffassung dieser Arbeit eine Anwendung des Verfolgungsrechts.

Nur auf Herausgabe der Sache gerichtet ist die Eigentumsklage. Mit dieser kann die actio venditi oder mandati (contraria) konkurrieren, wenn sich der Absender bis zur Zahlung des Kaufpreises das Eigentum vorbehalten hat. Dagegen dürfte eine gleichzeitige Berufung auf das Eigentum und auf das Verfolgungsrecht unvereinbar sein, weil das Vorfolgungsrecht, wie oben dargelegt ist, Eigentumsverlust zur Voraussetzung hat. Nach ZPO. § 264 würde sich wohl das eine neben dem anderen als Klagänderung darstellen. Da sich jedoch heute der Eigentumserwerb nach einheitlichen Grundsätzen vollzieht, können über die Eigentumsverhältnisse nicht mehr die Zweifel bestehen wie zur Zeit des gemeinen Rechts.

Das Verfolgungsrecht wird als obligatio ex lege schließlich auch von Jäger[1]) charakterisiert: „Der Anspruch beruht unmittelbar auf dem Gesetze, nicht auf wirklicher oder zu unterstellender Willensmeinung der Parteien.“ Zur Bekräftigung seines Standpunktes zitiert er eine Entscheidung des Reichsgerichts: „Das Verfolgungsrecht erzeugt eine Obligation, die sich freilich an ein vorhandenes Vertragsverhältnis anknüpft, substanziell aber nicht auf diesem Vertragsverhältnisse, sondern unmittelbar auf dem Gesetze beruht[2]).“

§ 16 a.

Die Geltendmachung des Verfolgungsrechts.

Bei der oben vertretenen Auffassung von der rechtlichen Natur des Verfolgungsrechtes können über seine Geltendmachung keine besonderen Zweifel entstehen. Das Recht richtet sich gegen den Gemeinschuldner oder in

[1]) Jäger a. a. O. § 44 Anm. 8 S. 378.
[2]) RG. vom 4. 6. 1898 Bd. 41 S. 334.

seiner Vertretung gegen den Konkursverwalter und wird geltend gemacht durch Klage. Der Klageantrag geht regelmäßig auf Rückübertragung der Ware. Da das Verfolgungsrecht aber den Bestimmungen über die Aussonderung unterworfen ist (oben § 14), so kann gemäß § 40 KO. mit der Verfolgungsklage auch die Gegenleistung, soweit sie bei Weiterveräußerung der Ware nach Konkurseröffnung zur Masse gelangt ist, oder die Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung beansprucht werden. Denkbar ist auch der Fall, daß das Verfolgungsrecht einredeweise geltend gemacht wird. Gelangt der Veräußerer durch irgendwelche Maßnahmen wieder in den Besitz einer Ware, auf die ihm das Verfolgungsrecht zusteht, bevor die Ware an den Gemeinschuldner ausgeliefert worden ist, so kann der Empfänger, da er nach der oben vertretenen Ansicht ja bis auf weiteres Eigentümer bleibt, auf Herausgabe der Ware klagen. Alsdann steht dem Verkäufer ihm gegenüber die Einrede des Verfolgungsrechts zu.

B. Wirkung des Rechts.

§ 17.

Das Verfolgungsrecht wirkt nicht ex tunc.

Nicht nur über die juristische Konstruktion des Verfolgungsrechts, sondern, was für seine praktische Bedeutung noch wichtiger ist, auch über die Wirkung des Rechts herrschen verschiedene Ansichten. Es handelt sich dabei namentlich um die Frage: Hat das Verfolgungsrecht Wirkung ex tunc oder Wirkung ex nunc? Verdienten neben dem Gesetz selbst auch die Materialien ausschlaggebende Berücksichtigung, so müßte die erstere Ansicht begründet erscheinen. In den Motiven[1]) heißt es: „Wie gegenüber dem Gemeinschuldner, so findet das Rückforderungsrecht auch gegen diejenigen statt, welche ihre Ansprüche auf das Eigentum des Gemeinschuldners gründen. Das Eigentum desselben wird hinfällig.“ In der Kommission wurde

[1]) Motive II. Hahn a. a. O. S. 168 ff.

betont: „Auch der Entwurf gehe davon aus, daß die Aufhebung des Eigentumsübergangs oder der Erfüllung ex tunc erfolge[1]).“ „Doch das Gesetz selbst stellt die Basis für die Erkenntnis des Rechts dar, nicht die unkontrollierbaren Absichten des sogenannten Gesetzgebers[2]).“ Der Wortlaut des Gesetzes aber: „der Verkäufer kann . . . zurückfordern“ bringt diese Wirkung keineswegs zum Ausdruck. Trotzdem legen z. B. v. Sarwey-Boßert[3]) und L. Seuffert[4]) dem Rechte des § 44 KO. diese Wirkung bei. Ebenso geht nach Dernburg[5]) „die Vindikation auch gegen Dritte“.

Die Vertreter der Ansicht, das Verfolgungsrecht wirke ex tunc, sehen in ihm also eine Obligation mit dinglicher Wirkung. Es wäre demnach aber wohl weniger ein obligatorisches Verhältnis als vielmehr lediglich ein subjektives Recht, das sich zwar nur gegen eine bestimmte Person richtet und daher nur als relatives Recht angesehen werden kann, dessen Geltendmachung durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung aber eine absolute Wirkung mit sich bringt. Ein obligatorisches Verhältnis mit dinglicher Wirkung deckt sich weder völlig mit dem Wesen der Obligation nach römischem Recht § 3 D. 44, 7:

> obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum,

noch entspricht es dem Wesen des Schuldverhältnisses nach BGB. § 241: „kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern“. Einer derartigen Auffassung gegenüber würde wohl die Anschauung, § 44 KO. gewähre ein absolutes Recht, den Vorzug der größeren Konsequenz verdienen.

Jene Wirkung ließe sich allerdings erklären, wenn das

[1]) Protokolle, Hahn a. a. O. S. 545 (33).
[2]) Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts S. 74.
[3]) v. Sarwey-Boßert a. a. O. S. 208 und 209.
[4]) L. Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 97.
[5]) Dernburg, Preußisches Privatrecht II § 117 S. 298 Anm. 10.

Verfolgungsrecht ein reines Anfechtungsrecht nach BGB. § 142 wäre. In § 44 KO. ist aber von Anfechtung nicht die Rede. Auch die restitutio in integrum kann nicht zur Erklärung herangezogen werden; denn dann wäre das Verfolgungsrecht von der Vornahme eines richterlichen Aktes abhängig, was doch zweifellos in KO. § 44 nicht ausgedrückt ist. Schließlich ließe sich noch an eine Begründung des Verfolgungsrechts als Rücktrittsrecht denken. Da es aber, wie oben erwähnt, kein Rücktrittsrecht vom obligatorischen Vertrage ist, könnte es nur ein Rücktrittsrecht vom dinglichen Vertrage sein. Da der dingliche Vertrag sein Ziel und seine Wirkung sofort mit sich bringt und damit auch sofort wieder endigt, während der obligatorische Vertrag ein iuris vinculum von längerer Dauer ist, hat der Rücktritt von jenem eine andere Bedeutung als von diesem. Der Rücktritt vom dinglichen Vertrage bewirkt nicht nur ein Zerreißen des Vertragsbandes, sondern auch eine Vernichtung des Vertrages, er kommt daher der Anfechtung gleich. Das iuris vinculum des obligatorischen Vertrages aber wird durch den Rücktritt nur zerrissen, nicht vernichtet. Schon daraus folgt, daß das Rücktrittsrecht vom obligatorischen Vertrage nicht analog auf den dinglichen Vertrag angewendet werden kann. Es dürften wohl auch nicht ohne Grund die Vorschriften über den Rücktritt im Recht der Schuldverhältnisse und nicht im allgemeinen Teil des BGB. enthalten sein. Man wird mit Treitschke[1]) wohl darin übereinstimmen können, „daß das einmal übergegangene Eigentum auf den gewesenen Eigentümer nicht anders als auf oben diese Weise zurückkommen kann“[1]). Das Verfolgungsrecht läßt sich also auch nicht als Rücktrittsrecht vom dinglichen Vertrage bezeichnen, sondern es ist nur ein Recht auf Rückgängigmachung des dinglichen Vertrages. Diese Rückgängigmachung geschieht durch einen neuen dinglichen Vertrag. Der dingliche Vertrag auf Übertragung

[1]) Treitschke, Kaufkontrakt § 90; zitiert bei Ötker, Verfolgungsrecht S. 124 Anm. 1.

des Eigentums an den Käufer bleibt bestehen, da er durch KO. § 44 unberührt gelassen wird.

§ 18.

Das Verfolgungsrecht wirkt ex nunc.

Da sich eine ex tunc-Wirkung des Verfolgungsrechts also nicht begründen läßt, so ist mithin der Schluß zu ziehen, daß das Verfolgungsrecht ex nunc wirkt. Es ist ein reines obligatorisches Rechtsverhältnis im Sinne von § 3 D. 44, 7 und von BGB. § 241, das sich gegen den Gemeinschuldner oder an dessen Stelle gegen den Konkursverwalter richtet. Es bezweckt Rückübertragung der verkauften und übereigneten Ware. Diese Rückübertragung wirkt wie jede Übertragung vom Zeitpunkte ihrer Vornahme an, sie wirkt ex nunc. Als Vertreter dieser Auffassung von der Wirkung des Rechts sind zu nennen: Ötker[1]), Förster-Eccius[2]), Kohler[3]), Jäger[4]), Fitting[5]), Wolff und neuestens auch von Wilmowski. Nach Wolff „wird der Eigentumsübergang nicht von Anfang an nichtig, die Ware wird nicht vindiziert, sondern ausnahmsweise kondiziert“[6]) (oben § 11). Dafür, daß die Überzeugung sich Bahn bricht, das Recht des § 44 KO. wirke ex nunc und nicht ex tunc, gibt v. Wilmowski ein Beispiel. In seiner Konkursordnung vom Jahre 1878 ist zu lesen: „Hinsichtlich des Verhältnisses zu Dritten hat die Konkursordnung nichts regeln wollen. Sie bestimmt nur, daß im Falle der Nichterfüllung des Verwalters das Eigentum des Gemeinschuldners ex tunc fortfällt“[7]). In der Ausgabe desselben Werkes von 1906 dagegen heißt es: „War der Gemeinschuldner Eigentümer geworden, so leitet der Dritte sein

[1]) Ötker, a. a. O. S. 124 ff.
[2]) Förster-Eccius, a. a. O. S. 804.
[3]) Kohler, Leitfaden. S. 115.
[4]) Jäger, a. a. O. S. 377 Anm. 7.
[5]) Fitting, Das Reichskonkursrecht, S. 297 § 22 Anm. 22.
[6]) Wolff, a. a. O. S. 166.
[7]) v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung 1878. S. 136.

von ihm erworbenes Recht nicht von einem Unberechtigten her, und er bedarf nicht erst des Schutzes des guten Glaubens[1]." Damit steht die heutige Auffassung freilich im direkten Gegensatz zu den Anschauungen in der historischen Entwicklungszeit des Rechtsinstituts. Der dolus des Gemeinschuldners und auch dritter Personen bildete vielfach zur Begründung des Rechts eine praesumtio iuris. Nach Goldschmidt[2] „hat man theoretisch die Statthaftigkeit des Verfolgungsrechts als wahrer rei vindicatio auf den unrichtigen Satz zu stützen gesucht, daß dolus den Eigentumsübergang hindere oder doch zur Reszission des Eigentumsüberganges auch in dritter Hand berechtige und daß an den Erwerb kurze Zeit vor Eintritt der Insolvenz sich die Präsumtion des dolus knüpfe".

Bei der jetzigen Auffassung kann das Verfolgungsrecht nie gegen Dritte wirken. Doch läßt sich nach Jägers Ansicht allenfalls gegen einen dritten Erwerber wie auch gegen den Gemeinschuldner ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung (BGB. § 823) begründen, namentlich „wenn die Veräußerung den Zweck hatte, die Rückforderung zu vereiteln und der Dritte fraudis particeps war"[3]. Darüber jedoch, ob unter den „sonstigen Rechten" des § 823 BGB. auch die Forderungsrechte einbegriffen sind, oder ob damit nur absolute Rechte gemeint sind, herrscht Streit[4]. Doch abgesehen davon würde ein Kauf vom Eigentümer wohl weder auf seiten des Verkäufers noch des Käufers als unerlaubte Handlung zu bezeichnen sein. Nach BGB. § 823 Abs. 1 dürfte sich also nicht ein Anspruch gegen den dritten Erwerber — auch nicht gegen den bösgläubigen — begründen lassen. Allerdings könnte der Verwalter einen vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Kaufvertrag nach KO. § 29, 31 Ziff. 1, 30 anfechten, dem Verkäufer aber steht ein Anfechtungsrecht

[1] v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung 1906, S. 208 Anm. 10.
[2] Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 8 S. 395.
[3] Jäger, a. a. O. S. 384 Anm. 29.
[4] Fischer, a. a. O. S. 132.

im Konkurse nicht zu. Vielleicht ist aber für ihn die Möglichkeit gegeben, sich gegen einen dritten bösgläubigen Erwerber auf BGB. § 823 Abs. 2 zu stützen. Das Verfolgungsrecht, d. h. § 44 KO., könnte wohl als ein den Schutz des Verkäufers bezweckendes Gesetz (EG. zum BGB. Art. 2) angesehen werden, beruht ja auch der Anspruch des Berechtigten unmittelbar auf dem Gesetz und ist sonach — wenigstens in seiner Entstehung — absolut. Auch BGB. § 826 gewährt dem Verkäufer gegen den dritten böswilligen Erwerber Schutz. Da bei einer Veräußerung der Ware an diesen die Voraussetzungen der Anfechtung nach § 3 Abs. 1 Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 gegeben sein dürften, so kann das „die Entstehung eines Anspruches aus § 826 zur Folge haben“ [1]).

Nach BGB. § 249 hat der Schadensersatzpflichtige den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Verkäufer kann also die Ware auch von dem Dritten zurückfordern und hat sonach ein — unmittelbar vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht anerkanntes — „Recht zur Sache“ [2]).

Da das Verfolgungsrecht den Aussonderungsansprüchen gleichgestellt ist, so ist dem Verkäufer auch die Ersatzaussonderung des § 46 KO. gewährt. Wenn der Gemeinschuldner vor oder der Konkursverwalter nach der Eröffnung des Verfahrens die dem Verfolgungsrecht unterliegende Ware veräußert hat, kann danach der Verfolgungsberechtigte „die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung, soweit sie noch aussteht, verlangen. Er kann die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen, soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist“. Eine Verfügung des Gemeinschuldners nach Eröffnung des Verfahrens wäre nach § 7 KO. auch dem Verfolgungsberechtigten gegenüber unwirksam.

Da KO. § 44 den obligatorischen Vertrag bestehen

[1]) Fischer, a. a. O. S. 135.
[2]) Fischer, a. a. O. S. 161.

läßt, kann der Verkäufer schließlich eine Schadensersatzforderung wegen nicht erfüllten Vertrages (BGB. §§ 280, 325) nebst Ersatz seiner Aufwendungen als Konkursforderung geltend machen (KO. § 26 Satz 2).

Das Verfolgungsrecht an sich dagegen enthält keine auf die Konkursdividende beschränkte Forderung, sondern es stellt eine Ausnahme von KO. § 26 dar.

Nach obigem ist das Verfolgungsrecht ein persönliches Recht mit Wirkung ex nunc. Eine Anwendung des Rechts gegen Dritte ist daher ausgeschlossen. Doch ist der Verkäufer gegen den bösgläubigen Dritterwerber durch andere Rechtsmittel genügend geschützt.

§ 19.

Schluß.

Die vorliegende Arbeit hat den Versuch gemacht, die Frage nach dem Eigentum zur Beurteilung der rechtlichen Natur des Verfolgungsrechts mit heranzuziehen. Es darf wohl behauptet werden, daß die Eigentumsfrage für die Beurteilung des Rechts nicht unerheblich ist. Je nachdem vom Käufer das Eigentum bereits erworben ist oder nicht, stellt sich das Verfolgungsrecht als ein Recht dar, den vollzogenen Eigentumsübergang rückgängig zu machen oder den sich vollziehenden Eigentumserwerb zu unterbrechen. Sieht man diese beiden Ziele als Funktionen des Rechts an, so dürfte dieses sich nach Voraussetzungen und Wirkungen wohl kaum als ein einheitliches Recht auffassen lassen. Ist das Eigentum noch nicht übergegangen, so ergibt sich das „Verfolgungsrecht“ ohne weiteres aus dem Eigentum und hat wie dieses absolute Wirkung. Ist dagegen Eigentum beim Verkäufer nicht mehr vorhanden, so kann sich die Wirkung des für den Fall gegebenen Rechts nur nach seinem Inhalte selbst bestimmen.

Die verschiedene Regelung des Eigentumserwerbs vor dem Jahre 1900 hätte sonach auch eine verschiedene Regelung und Anwendung des Verfolgungsrechts bedingt.

Um das Recht des § 36 (44) KO. aber einheitlich in Deutschland anwenden zu können, wurde die Frage nach dem Eigentume aus dem Rechte ausgeschaltet. Da nun beim Barkauf des gemeinen Rechts der Verkäufer schon den weitgehendsten Schutz hatte, konnte das Recht für ihn nur einen Sinn haben, wenn es ihm mindestens das gleiche Recht gewährte wie sein noch bestehendes Eigentum. So wurde dem Rechte des § 36 (44) KO. allgemein eine Bedeutung beigemessen, die ihm selbst wohl kaum innewohnt. Das preußische und rheinische Recht bedurften zur Gleichstellung mit dem gemeinen Recht einer Auflösung des Eigentumsüberganges ex tunc. Diese Gründe fallen aber seit der einheitlichen Regelung des Eigentumserwerbs durch das BGB. nicht mehr ins Gewicht.

Die geschichtliche Entwicklung des Verfolgungsrechts (in seiner milderen Form) weist darauf hin, daß es für die Fälle gegeben ist, in denen der Verkäufer sein Eigentum verloren hat; denn es ist „seiner eigentlichen Natur nach ein Korrelat der Sätze, mittels welcher für den Handelsverkehr die gemeinrechtliche Traditionstheorie partikularrechtlich durchbrochen worden ist“ [1]).

Ein Schaden des Verkäufers dadurch, daß er für den Kaufpreis sich mit der Konkursdividende begnügen müsse, kann nur entstehen, wenn er das Eigentum an der Ware auf den Käufer übertragen hat. Der Zweck des Rechts, Beseitigung oder Verhütung dieses Schadens, setzt also Eigentumsübergang voraus.

Ebenso läßt sich diese Voraussetzung aus dem Gesetzestext: „der Verkäufer kann zurückfordern“, folgern. Dieser Wortlaut des Gesetzes begründet dagegen keine absolute oder in die Vergangenheit reichende Wirkung des Rechts.

Unter Berücksichtigung der vorstehend kurz zusammengefaßten Gründe ist das Verfolgungsrecht als ein rein obligatorisches, relatives Recht mit Wirkung ex nunc aufgefaßt worden.

[1]) Eisenlohr, a. a. O. S. 44 (oben § 11).

Lebenslauf.

Am 9. Januar 1883 wurde ich, Waldemar Bruno Kluge, in Weißwasser (Kr. Rothenburg O. L.) als zweiter Sohn des Postverwalters Otto Kluge geboren. Von Ostern 1895 bis Ostern 1904 besuchte ich das Gymnasium in Bunzlau und verließ es Ostern 1904 mit dem Zeugnis der Reife. In Halle und Breslau studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften und hörte in Halle besonders die Vorlesungen der Herren Professoren Conrad, Finger, Lastig, Loenig, Rehme, Stammler, Stein, Waentig, in Breslau die der Herren Professoren Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Gretener, Leonhard, Sombart, Wolf. Am 21. Oktober 1907 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 13. Februar 1908 das Examen rigorosum.

Herrn Professor Dr. Meyer und Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Fischer bin ich für die gütige Mühewaltung bei Abfassung der Dissertation zu großem Dank verpflichtet.